Der Rückerwerb des Nichtberechtigten

ABHANDLUNG

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität

zu Bonn

Vorgelegt von

Karl Nüßgens

Gerichtsreferendar aus Erkelenz

1939

LUDWIG RÖHRSCHEID VERLAG BONN

Angenommen auf Bericht des

Professors Dr. H. Dölle

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Teildruck. Die ganze Abhandlung ist zugleich als Heft 42 der „Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen", Bonn 1939, erschienen.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546405_0047

Übersicht.

Seite

Vorbemerkung XXIII

EINLEITUNG: Das Problem (Grundlegung) 1

I. Begriff und Fälle des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten" (Systematische Grundlage) 1

1. Begriff 1

2. Fälle 2

3. Das Problem und seine systematische Stellung 3

II. Analyse des Tatbestandes (die Kriterien) 4

1. Das Zwischenerwerbsgeschäft 5

2. Das Rückerwerbsgeschäft 8

III. System der Fälle (Einteilungsprinzip) 9

I. TEIL: Die Fälle der wirksamen Veräußerung kraft gutgläubigen Erwerbs des Dritten 11

1. Abschnitt: Versuch einer allgemeinen Lösung 11

A. Stand der Meinungen und ihre Kritik 11

I. Die Ansichten für Rückerwerb des Altberechtigten . . . 12

1. Planck-Brodmanns Auffassung als Eigentumsaufgabe des Zwischenerwerbers „gewissermaßen für denjenigen, den es angeht" 12

2. Ewalds zweifache Begründung 12

a) Die Wirksamkeit der causa als Rechtsbedingung der Veräußerung des Nichtberechtigten 15

b) Die Rückveräußerung an den Nichtberechtigten als auflösende Bedingung (Rechtsbedingung) der Veräußerung des Nichtberechtigten 17

3. Die Ansicht M. Wolffs 20

4. Reichels Lösungsversuch unter Heranziehung der exceptio doli 21

5. Hälbigs (Weber, Fenwarth) Analogie zu § 166 Abs. II BGB. bei „veranlaßtem" Erwerb 23

6. Lösung durch anaoge Anwendung des § 162 Abs. II (Stein, Oberländer) 26

II. Die Ansichten gegen Rückerwerb des Altberechtigten, insbesondere Stoevesandts Konstruktionsversuch . . . 27

1. Stoevesandts selbständige Bejahung eines Aussonderungs- und Widerspruchsrechts des Altberechtigten aus Billigkeitsgründen 27

Seite

2. Kritik 29
a) Dogmatische Bedenken einer solchen Lösung . . . 29
b) „Systemwidrigkeit" des Ergebnisses 31

B. Keine allgemeine Lösungsmöglichkeit durch genauere Analyse des Zwischen- und Rückerwerbsgeschäfts (Mögliche Gestaltungen im Einzelfall) 32

I. Auslegung des Rückerwerbsgeschäfts 32
1. Tatsächliche Möglichkeiten 33
2. Rechtliche Möglichkeiten 33
a) Keine Nichtigkeit nach § 138 BGB. 33
b) Möglichkeit eines Erwerbs des Altberechtigten durch offene Stellvertretung 35
c) Übereignung an denjenigen, den es angeht 37
d) Ablehnung einer Erwerbsermächtigung (entsprechende Anwendung des § 185 BGB.) 39
e) Verfügung zugunsten Dritter 40
f) Ergebnis 41

II. Prüfung des Zwischenerwerbsgeschäfts . . . 41
1. Voraussetzung: Kein gutgläubiger Erwerb des Nichtberechtigten vom nichtberechtigten Zwischenerwerber . 41
2. Untersuchung: Mögliche Gründe der Unwirksamkeit des Zwischenerwerbsgeschäfts 42
a) Keine Nichtigkeit nach § 138 BGB. 42
b) Anfechtung des Zwischenerwerbsgeschäfts. Auflösend bedingtes Zwischenerwerbsgeschäft 42
c) Mögliche Abhängigkeit des dinglichen Geschäfts vom Kausalgeschäft im geltenden Recht 43
aa) Stillschweigende Bedingung 43
bb) Anwendung des § 139 BGB. 46

2. Abschnitt: Lösungsmöglichkeiten in Einzelfällen auf Grund spezieller gesetzlicher Bestimmungen 48

A. Der Rückerwerb eines gutgläubig erworbenen Forderungsrechts 48

I. Der Rückerwerb einer Scheinforderung (§ 405 BGB.) 48
1. Keine Verneinung des Rückerwerbs wegen der relativen Natur des Forderungsrechts (Ablehnung der Ansicht Stoevesandts) 49
2. Eigene Ansicht und Ergebnis 51
a) Wirksamer „Rückerwerb" des Scheingläubigers in allen Fällen 52
b) Ausschluß der Geltendmachung der Forderung durch den früheren Scheingläubiger gegen den Schuldner in allen Fällen 54
3. Zusammenfassung 57

Seite

II. Der Rückerwerb einer unabtretbaren Forderung (§ 399, § 405 BGB.) 58
1. Die rechtliche Wirkung des Abtretungsverbots (§ 399) . 58
2. Wiedereintreten der Unabtretbarkeit beim Rückerwerb . 61
3. Zusammenfassung 64
III. Rückerwerb von Hypotheken 65
IV. Ausscheiden der Einziehungsermächtigung aus dem Problemkreis 68
B. Der Rückerwerb der Erbschaftsbesitzers 70
I. Voraussetzungen und Wirkung des § 2019 BGB. (Surrogation) 70
II. Der Rückforderungsanspruch als Surrogat. Ablehnung der Surrogateigenschaft einer rechtsgeschäftlichen Gegenleistung bei unwirksamer causa 72
III. Ergebnis: Der Rückforderungsanspruch als „Erbschaftsmittel", das erlangte Recht als Surrogat nach § 2019 BGB. . . 81
C. Rückerwerb nach fiduziarischer Veräußerung . . . 81
I. Grundlegung: Dogmatik der Treuhand 81
1. Grundformen der Treuhand 83
2. Ausscheidende Fälle 83
3. Problemfälle (fiducia; gemeinsame Berechtigung) . . 84
4. Funktionen der Treuhand 87
II. Rückerwerb 87
1. Verwaltungstreuhand 87
a) Rechtserwerb des Treuhänders 89
aa) „Eigenes Interesse" als Voraussetzung eines Rechtserwerbs? 89
bb) Einengende Auslegung der Schutzvorschriften? . 89
cc) „Eigeninteresse" und „Erwerbsinteresse" . . . 90
dd) Zusammenfassung 93
b) Ersitzung des nichtberechtigten Treuhänders? . . . 94
aa) Kritik der herrschenden Auffassung 94
bb) Konstruktionsversuch Stoevesandts: Ersitzung des nichtberechtigten Treugebers 96
2. Sicherungstreuhand 98
a) Rechtserwerb des Treuhänders 98
b) Keine relative Rechtszuständigkeit 99
c) Ausgangspunkt: Schutz des Treugebers gegen Zugriffe der Gläubiger des Treuhänders (Schutzproblem) . . 100
aa) Rechtserwerb vom nichtberechtigten Treugeber . 101
bb) Subjekt des Gläubigerschutzes 101
cc) Kein Aussonderungs- und Widerspruchsrecht des nichtberechtigten Treugebers (Ablehnung der Ansicht Ewalds) 102
d) Zusammenfassung 104

Seite

D. Rückerwerb auf Grund der §§ 29 ff. KO., §§ 1 ff. Anf. Ges. . 104

I. Die Möglichkeit einer konkursrechtlichen Anfechtung bei Veräußerung einer fremden Sache 104

1. Anfechtungstatbestand 105
2. Gläubigerbenachteiligung 105
3. Anfechtbarkeit des Kausal- oder des Erfüllungsgeschäftes 107

II. Der Inhalt des Rückgewährsanspruchs 108

1. Der Rückgewährsanspruch im allgemeinen 108
2. Der Rückgewährsanspruch bei anfechtbarer Veräußerung einer fremden Sache 109
   a) Bei einem Anwartschaftsrecht des Nichtberechtigten . 109
   b) in den übrigen Fällen 110
3. Der Konstruktionsversuch Flataus. Kritik 113

III. Kein „Rückerwerb“ 115

3. Abschnitt: Die obligatorischen Beziehungen zwischen den drei Beteiligten 115

I. Ansprüche des Altberechtigten (A) gegen den Erwerber (Z) . 116

1. Bereicherungsanspruch 116
2. Nach Rücktritt, Wandlung oder fiduziarischer Veräußerung 117

II. Ansprüche des Nichtberechtigten (N) gegen den Erwerber (Z) . 117

1. Bereicherungsanspruch 117
2. In anderen Fällen 118

III. Ausgleichsansprüche des Altberechtigten (A) gegen den Nichtberechtigten (N) 118

1. Als Schadensersatzanspruch 118
2. Als Bereicherungsanspruch (§ 816 I 1 BGB.) 118
   a) Erfordernisse 119
   b) Das vom Nichtberechtigten erlangte Eigentum als das „Erlangte“ 119
      aa) Der Rückgewährsanspruch als das „Erlangte“ . 120
         aaa) Konstruktive Begründung 120
         bbb) Interessenmäßige Bewertung 120
      bb) Die Möglichkeit einer Subsumtion des Eigentums unter den Begriff des „Erlangten“ 122
      cc) Das Eigentum als Surrogat des Rückforderungsanspruchs (§ 818 I) 124

4. Abschnitt: Lösungsvorschlag bei Rückerwerb auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts“ und bei „böswilligem“ Erwerb 125

A. Grundlegung 128

Vorbemerkung 128

Seite

I. Interessenlage 129

1. Zweck der Schutzvorschriften 129
2. Interessenlage beim Rückerwerb. Differenzierung . . . 129

II. Systematik der Tatbestände 131

III. Begriff des „Innen-" und „Außenverkehrsgeschäfts" (dogmatisch und systematisch) 132

1. Das „Verkehrsgeschäft" im Bereich des § 892 BGB. . . 132
2. Kein unmittelbarer Zusammenhang der beiden Übereignungen (Abstraktheit der Verfügungen) 133
3. Die causa der ersten Übereignung (Zwischenerwerbsgeschäft) in seiner Beziehung zur zweiten Übereignung (Rückerwerbsgeschäft) als entscheidendes Kriterium . . 135
4. Zusammenfassung 135

B. Der Lösungsvorschlag bei Rückerwerb auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts" 136

Vorbemerkung 136

I. Die Methode 138

1. Die scheinbare Tatbestandserfassung 138
2. Das interessenwidrige Ergebnis 138
3. Das Berichtigungsproblem 138
   a) Die Berichtigung als Gebotssubsumtion („Auslegung") 139
   b) Die Berichtigung als Gebotsberichtigung („Restriktion") 140
      aa) Systematische Stellung der „Restriktion" (Gebotsberichtigung) 140
         aaa) Das „Lücken"problem 140
         bbb) Abgrenzung gegenüber der „einengenden Auslegung" 141
         ccc) Kernberichtigung und Randberichtigung . . 142
      bb) Zulässigkeit der Gebotsberichtigung 142
4. Interessenbewertung. „Fortbildungs"- und „Stabilitätsinteressen" 144
5. Systematische und methodische Kritik der bisherigen Lösungsversuche 145

II. Das Ergebnis 147

1. Rückerwerb vom nichtberechtigten Zwischenerwerber . 147
2. Rückerwerb vom berechtigten Zwischenerwerber . 148

C. Der Lösungsvorschlag bei „böswilligem" Erwerb 151

I. „Restriktion" der Schutzbestimmungen 151

II. Gesetzesumgehung 153

1. Selbständiges Rechtsinstitut oder Auslegungsproblem? . 153
2. Die Stellungnahme des Schrifttums zu Gesetzesumgehung im Fall des „Rückerwerbs". Kritik 155

Seite

II. TEIL: Die Fälle der wirksamen Veräußerung kraft rechtsgeschäftlicher Verfügungsmacht 159

I. Die dingliche Rechtslage 159

1. Die Möglichkeit eines Rückerwerbs des Altberechtigten bei einzelnen Gestaltungen 160

2. Allgemeine Anwendung des § 392 Abs. II BGB. (Analogie) auf die verdeckte Stellvertretung? 161

3. Keine „Restriktion". Interessenlage 162

II. Der obligatorische Ausgleich zwischen Altberechtigtem und Verfügendem 165

III. TEIL: Die Fälle der wirksamen Veräußerung kraft gesetzlicher Verfügungsmacht 170

A. Rückerwerb des Pfandgläubigers (§ 1247 BGB.) 170

I. Ablehnung der Begründung eines Rückerwerbs des Altberechtigten mit Hilfe einer doppelten Anwendung des § 1247 BGB. (Kritik des Konstruktionsversuchs Ewalds) . . . 171

1. Verneinung der Surrogateigenschaft der Geldleistung des Erwerbers bei unwirksamer causa. Eigentum am Pfand„erlös" 173

2. Keine Anwendung des § 1247 BGB. auf die Rückübereignungsgeschäfte 175

a) Kein Pfandverkauf 176

b) Besonderheit eines echten Pfandrechts am Geld . . 178

II. Der Rückforderungsanspruch des Pfandgläubigers als Surrogat 178

1. „Erlös" als Gegenleistung des Käufers bei einem Pfandverkauf 179

2. Der Rückforderungsanspruch als „Erlös" 180

III. „Wiederaufleben" der Forderung nach Wandlung . . . 183

IV. Kritik der Begründung des obligatorischen Ausgleichs zwischen Pfandeigentümer und Pfandgläubiger bei Verneinung eines Eigentumsrückerwerbs des Pfandeigentümers . . . 184

B. Lösungsmöglichkeit in weiteren Fällen auf Grund von Surrogationsbestimmungen 188

I. §§ 1381, 1646 BGB. 189

II. § 966, 979, 1219 BGB. 190

III. § 1087 Abs. II Satz 2 BGB. 191

Schrifttums-Verzeichnis.

Arminjon: La fraude à la loi en droit international privé. In: Journal du droit international privé 1920/21, publié par Ed. Clunet. Paris. (Späterer Titel: Journ. d. dr. i. pr. et la jurisprudence comparé).

Arnthal: Die condictio possessionis. Ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. Diss. Marburg 1929.

Bähr, Otto: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München und Leipzig 1883.

Barth: In: Gruchot, Bd. 58, S. 577.

Barthelmes, A.: Das Handeln in fraudem legis. Diss. Göttingen 1889.

Becker, Heinz: Der Anspruch des Eigentümers auf den Erlös aus unberechtigter Verfügung. In: Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 22. Mannheim 1936.

Bekker: Die Geldpapiere. In: Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 1 (1857), S. 266 ff., 361 ff.

Bellermann, W.: Der Erbschaftsanspruch bei Erbschaftsveräußerung. Berlin 1910.

Bendix: Die irrationalen Kräfte in der Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts zur Untreue des Bevollmächtigten. In: JW. 1931, S. 176.

Bertram, Helene: Gesetzesumgehung im internationalen Privatrecht (in fraudem legis domesticae agere). Diss. Bonn 1928. (Auch in: Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 6, 1928.)

Beseler, Gerhard v.: Betrachtungen über das Recht der ehelichen Verwaltungsgemeinschaft. In: Festgabe f. Hänel, 1907, S. 127 ff.

– – Zwangsvertreter. In: DJZ. 1912, Sp. 894 ff.

Beyer, Reinhard: Die Surrogation bei Vermögen im BGB. Marburg 1905.

Beyerle, Franz: Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts. Weimar 1932.

Bieber: Ansprüche des Berechtigten aus der unrechtmäßigen Pfändung und Versteigerung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache. Diss. Heidelberg 1906.

Biermann: Sachenrecht. 1914

Binder: Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Teil: 1901; II. Teil: 1903; III. Teil: 1905.

Boehm: Das Erbrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs. Hannover 1900. 2. Aufl.

Boehmer, Gustav: Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben. In: RGPr. Bd. III, S. 216.

Boor, Hans Otto de: Urheber- und Verlagsrecht. Stuttgart 1917.

Bovensiepen: Art.: „Treuhand- (Fiduziarische) Geschäfte. Treuhänder und Treuhandgesellschaften." In: RvglHWb. VI, S. 60.

– – Art: „Trust, Trustee." In: HdR. VI, S. 77.

Bremer: Beiträge zur Lehre von dem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter. In: Zeitschr. f. Zivilrecht u. Prozeß. NF. Bd. 11 (1854).

Brenner, Willi: Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts. Diss. Frankfurt 1927.

Breyhan: Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung. 1929. In: Göttinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 9, 1929.

Brückmann: Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots aus § 399 BGB. In: Seuff.Bl. Bd. 71, S. 437.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. 1910.

Brütt, L.: Die abstrakte Forderung. Berlin 1908.

Buetow: Die Sicherungsübereignungen. Diss. Göttingen 1894.

Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenien, den es angeht. Marburg 1931.

Cosack, Conrad: Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach dem deutschen Reichsrecht. Stuttgart 1884.

Cosack - Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1910. 7./8. Aufl.: I. Bd., Schuldrecht, 1927; II. Bd. 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1900—1912.

Dernburg: Pandekten. Bd. 1. Berlin 1884.

– – Das Bürgerliche Recht. 4. Aufl. Halle 1908/1909.

– – Deutsches Erbrecht. 3. Aufl. Bearb. von Dr. Arthur Engelmann. Halle 1911.

Dölle: Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabeanspruch. In: RGPr., Bd III, S. 22 ff.

Düringer - Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. I—V, 3. Aufl.

Eccius: In: Gruchot, Bd. 47, S. 51.

– – In: DJZ. 1904, S. 54.

Eck (Leonhard): Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1904.

Eger: In: Zeitschr. f. schweiz. Recht. NF. Bd. 33, S. 343.

Eichler: Vertretung für denjenigen, den es angeht. Diss. Marburg 1931.

Eltze, Werner: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Diss. Marburg 1933.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenz nach bürgerlichem, Handels- und Prozeßrecht. Berlin 1909.

Endemann, F.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl. 1. Bd. Berlin 1903, 2. Bd. 1908, 3. Bd. 1919.

Endemann, W.: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 2 (1882).

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. 6. Aufl. Berlin 1913.

Engländer: Rechtsgemeinschaft. 1914.

Enneccerus - Kipp - Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I—V, 7. bis 13. Aufl.

Esmein: In: RvglHWb. II, S. 71.

Ewald, Otto: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. In: IherJahrb. Bd. 76, S. 233.

Feist, Otto: Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrecht. Diss. Tübingen 1903.

Fenwarth, Günther: Der mittelbar bösgläubige Eigentumserwerb. Diss. Halle-Wittenberg 1934.

Fischer, Otto: Handausgabe. 1918.

– – Besprechung von Binding: Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten. In: Lit. Zentr. Bl. Bd. 60 (1909), S. 430.

– – Sein und Schein im Rechtsleben. Rede bei der Übernahme des Rektorats der Universität Breslau 1909. In: Intern.Wochenschr., Bd. 3. Berlin 1909.

Fischer - Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1927. (Fischer - Henle - Titze, 14. Aufl. München 1932.)

Flatau: Die Anfechtung der Veräußerung einer fremden Sache. In: Blätter für Rechtsanwendung im Gebiet des Kammergerichts. Jg. 1909, S. 37.

Förster - Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 2. Bd. Berlin 1926.

Frankenstein, Ernst: Internationales Privatrecht (Grenzrecht). Bd. I. 1926.

Freund: Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs. 1902.

Friedmann, Alfred: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? Gutachten für den Deutschen Juristentag. Verhandlungen I, S. 805. Berlin und Leipzig 1930. (Vgl. dazu: Jessen, JW. 1930, S. 2732.)

Fritsch: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei Personengleichheit des Verfügenden und des Erwerbers. In: IherJahrb. Bd. 82, S. 253 ff.

Fuchs: Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen. In: BürgArch., Bd. 34, S. 425 ff.

Fuchs, Eugen: Grundprobleme des Sachenrechts. Berlin 1913.

Fuchs, Wilhelm: Umgehung des Gesetzes. Göttingen 1917.

Gadow, Wilhelm: Die Einrede der Arglist. Nach einem Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig am 29. 11. 1933. In: IherJahrb. Bd. 84, S. 174.

Geiger: Der Überschuß aus dem Fahrniserlös (hyperocha) nach römischem, deutschem und bürgerlichem Recht. Diss. Erlangen 1907.

Gierke, Julius v.: Sachenrecht. 1928. In: Bürgerliches Recht, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. Berlin Bd. IX. Berlin 1925.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht. II. Bd. Sachenrecht. Leipzig 1905. III. Bd. Schuldrecht. München und Leipzig 1917.

Göbel, Leo: Die Ansprüche des Erben gegen Erbschaftsbesitzer und Erbschaftskäufer gemäß §§ 2019, 2030 BGB. Diss. Frankfurt 1933.

Goldberger: In: SeuffBl. Bd. 82, S. 633.

Goldmann: Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft auf die Ungültigkeit des ersteren § 139 BGB. anwendbar? In: Gruchot, Bd. 56, S. 161.

Goldmann - Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. Allg. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 8. Aufl. 1903; Bd. II. Sachenrecht. 1912.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Bd. Abt. 2 (1868).

– – Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung. ZHR. 8 (1865), S. 226 ff.; 9 (1866) S. 1 ff.

Goldschmidt, James: Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. Berlin 1932. In: Enzykl. der Rechts- und Staatswissenschaften, Abt. Rechtswissenschaft, Bd. XVIII.

Göppert, Gerda: Der Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzungseigentümer. In: Gruchot, Bd. 82, S. 425 ff.

Großfeld, Bernhard: Erwerb von Forderungen von einem durch Erbschein oder Schuldschein nach § 405 BGB. Legitimierten. Diss. Erlangen 1932.

Grützmann: Das Grundbuch. In: Sächs.Arch. Bd. 8, S. 143 u. 193.

– – In: ArchZivPrax., Bd. 125, S. 350.

Gutzeit, Franz: Ersitzung und Bereicherungshaftung. Diss. Bonn 1928.

Haack, Wilhelm: Der Vertrauensschutz beim Forderungserwerb (zur Auslegung des § 405 BGB.). Diss. Greifswald 1919.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/1897. Mannheim 1900.

Hälbig, Kurt: Der mittelbare Eigentumserwerb des Nichtberechtigten. Diss. Halle-Wittenberg 1929.

Harries, Klaus: Die Rückgewähr einer kraft guten Glaubens erworbenen Sache im Fall der konkursrechtlichen Anfechtung des Eigentumserwerbs unter Berücksichtigung gleichartiger Fälle im BGB. Diss. Kiel 1930.

Hartmann, Karl: Der gutgläubige Erwerb der Hypothek. Diss. Erlangen 1931.

Haymann, Franz: Schenkung unter einer Auflage. Berlin 1905.

– – Zuwendung aus fremdem Vermögen. In: IherJahrb. Bd. 77, S. 188 ff.

– – Haftung auf den Erlös aus Verfügung über fremdes Recht. In: LZ. 1930, Sp. 681.

– – Besprechung von Seidel, Die Anwendbarkeit des § 816 BGB. auf nachträglich wirksam werdende Verfügungen. In: JW. 1931, S. 1172.

Heck, Philipp: Das Problem der Rechtsgewinnung. Rede 1912.

– – Interessenjurisprudenz. In: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart (J. C. B. Mohr-Paul-Siebeck-Tübingen), Heft 97. 1933.

– – Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. 1932.

– – Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.

– – Grundriß des Schuldrechts 1929.

– – Grundriß des Sachenrechts. 1930.

Hedemann: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Lehrbuch und Grundriß d. Rechtsw., Bd. 3). Berlin 1924.

– – Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (ebda.). 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1931.

Heinsheimer, Rudolf: Die Anwendung des § 892 BGB. auf Rechtsgeschäfte zwischen denselben natürlichen Personen und Verbänden. In: Gruchot, Bd. 69, S. 401.

Hellmann, Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Hellwig, Konrad: In: ArchZivPrax. Bd. 64, S. 371.

– – In: ArchZivPrax. Bd. 68, S. 224.

– – Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

– – System des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1912.

– – Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1909.

– – Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

– – Gläubigernot. In: „Recht und Wirtschaft". 1911. S. 25—32.

Henle: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Schuldrecht 1934.
– – Unterstellungen und Versicherung. 1922.
Hensel, Albert: Dogmatik des Begriffs „Steuerumgehung". In: Bonner Festschrift für Ernst Zitelmann. München u. Leipzig 1923.
Herrmann, Georg: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Diss. Lpz. 1933.
Heye, Otto: Erwerb durch Zwischenpersonen. Diss. Marburg 1933.
Heymann, Ed.: Versuch einer neuen Konstruktion der Sicherungsübereignung und anderer fiduziarischer Geschäfte. In: DJZ. 1912, Sp. 1509.
Heymann, Ernst: Trustee und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr. In: Festschrift für Brunner. Weimar 1910. S. 473.
Hirsch, H. Chr.: Die Übertragung der Rechtsausübung. Berlin 1910.
Hochmuth: Die Ersatzaussonderung. 1931.
Hoffmann, H.: Der Begriff der Gesetzesumgehung. Diss. Jena 1905.
Horwitz Heinrich: Rückerwerb des nur scheinberechtigten Veräußerers. Diss. Breslau 1924 (nur in Maschinenschrift!).
Jacobi, Ernst: Die Wertpapiere. In: EhrenbergsHdb. IV 1, S. 125.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 6. u. 7. Aufl. 1. Bd. Berlin und Leipzig 1931.
Ihering: Der Besitzwille. 1889.
Jung, Erich: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. 1902.
– – Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts. In: RGPr. Bd. III, S. 143.
– – Bürgerliches Recht. In: „Das gesamte deutsche Recht", herausgegeben von Stammler, I S. 447 ff. 1931.
Kahl, Hans-Ulrich: Der Rechtsschein der Urkunde bei der Forderungsabtretung. Diss. Kiel 1928.
Kaufmann: Eigentum am Gesellschaftsvermögen. München 1912.
Kiehl: Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbs. In: JW. 1922, S. 787.
Kipp, Th.: Der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1899. (Erlangen, Rede bei Antritt des Prorektorats.)
– – Kommentar zum Erbschaftssteuergesetz vom 22. 8. 1925. Berlin 1928.
Kisch, W.: Zu Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. In: Grünhut, Bd. 29, S. 538.
Kluckhohn: Verfügungen zugunsten Dritter. München 1914.
Knitschky: Das vertragsmäßige Schiffspfandrecht. In: Gruchot, Bd. 45, S. 782.
Kohler, J.: Lehrbuch. 1919.
– – Studien über Mentalreservation und Simulation. In: IherJahrb., Bd. 16.
Kohler: Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 2. Aufl. Berlin 1903.
Köller, Bernhard: Der Rückerwerb des Eigentums durch den Nichtberechtigten. Diss. Marburg 1934.
Korth, Fr.: Umgehung des Gesetzes und Scheingeschäft. Diss. Köln 1933.
Krawielicki, Robert: Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht. In: IherJahrb., Bd. 81, S. 257.
– – In: Gruchot, Bd. 71, S. 171.

Krebs, Th.: Die Entwicklung der modernen Treuhandverträge. Diss. Gießen 1915.

Kreller: Besprechung von Siebert, Treuhandverhältnis. In: ArchZivPrax. Bd. 138, S. 248.

Kreß, Hugo: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Kretschmar, F.: Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1913.

Kriener, Wilhelm: Der Erwerb des Versteigerungserlöses. In: Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern. Jahrg. 1916, S. 250, 285, 312.

Krückmann: In: IherJahrb. Bd. 56, S. 303.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. 2. Teil, 1. Hälfte. 1899.

Kunisch: Die rechtliche Stellung des Fiduzianten im Konkurs des Fiduziars. Diss. Köln 1931.

Kunze: Das die Veräußerung hindernde Recht im Sinne des § 771 ZPO. Diss. Greifswald 1905.

Lange: Deutsches Recht. 1935. S. 487.

Langen: Eigentumserwerb und -verlust bei den Kommissionsgeschäften. 1900.

Langheineken, P.: Der Erbschaftsanspruch bei Erbschaftsveräußerung, von Dr. W. Bellermann. In: DJZ. 1911, Sp. 1453.

Leemann: Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch. Bd. IV, Sachenrecht, 1. Abt. 1911. 2. Abt. 1925.

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des BGB. 1933.

– – In: ZfHR. Bd. 79, S. 96.

– – In: DJZ. 1921, S. 94.

Lenel: Stellvertretung und Vollrecht. In: IherJahrb. Bd. 36, S. 1 ff.

Lenhard: In: ZZP. Bd. 38, S. 165.

Lent, Friedrich: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Bd. I, Leipzig 1912. Bd. II, Leipzig 1916.

Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

– – Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. In: BürgArch. Bd. 21, S. 213 ff.

– – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 5. Buch, Erbrecht. Berlin 1912.

– – Allgemeines Schuldrecht des BGB. München und Leipzig. 1929.

– – Besonderes Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1931.

Leonhard, Rudolf: Allgemeiner Teil. 1900.

Liebisch, Arnold: Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht. Leipzig 1927.

Linckelmann: Die Sicherungsübereignungen. In: BürgArch. Bd. 7, S. 216.

Löbl: Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen. In: ArchZivPrax., Bd. 129, S. 257; Bd. 130, S. 1.

Lüders, Hans: Gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen auf Grund rechtsgrundloser Verfügung eines Nichtberechtigten. Diss. Erlangen 1935.

Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht. Marburg 1922.

Lurje: Die Umgehung des Gesetzes und ihr Recht. In: ArchZivPrax., Bd. 41, S. 372.

Magen, R.: Agere in fraudem Legis. Diss. Breslau 1911.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
– – Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
– – In: RvglHWb. III, S. 312.
– – In: DJZ. 1913, Sp. 343.
Marck: In: DJZ. 1913, Sp. 343.
Marcuse: Wirkung und Ungültigkeit des Kausalgeschäfts auf das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft. In: Gruchot, Bd. 66, S. 159.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Berlin 1900.
Mayr, v.: Der Bereicherungsanspruch im Deutschen Bürgerlichen Recht. 1903.
Meier: Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Diss. Erlangen 1922.
Mentzel: Kommentar zur Konkursordnung. 4. Aufl. Mannheim – Berlin – Leipzig 1932.
Meves, Wolfgang: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten und die Rechtsbehelfe des früheren Eigentümers, über dessen Sache der Nichtberechtigte verfügt hat. Diss. Göttingen 1934.
Mezger, Edmund: Strafrecht, ein Lehrbuch. München und Leipzig 1933.
Mügel: Bemerkungen zum Sachenrecht des Entwurfs des BGB. In: Gruchot, Bd. 37, S. 334.
– – Bereicherungsanspruch und Ersitzung. In: JW. 1933, S. 1230.
Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.
– – In: IherJahrb. Bd. 53, S. 331.
– – In: Grünhut, Bd. 26, S. 225.
– – Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. I. Teil, ArchZivPrax. Bd. 106, S. 309; II. Teil, Die tatsächliche Rechtsentwicklung, ArchZivPrax. Bd. 109, S. 1 ff.
Mumm: In: Recht, 1901, Sp. 127.
Naendrup: Die Ersitzung als Rechtsscheinwirkung. In: RGPr. Bd. III, S. 35.
Nebenzahl: Das Erfordernis der unmittelbaren Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. 1930.
Neff, Paul: Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten. Diss. Berlin 1895.
Neubecker: In: BürgArch. Bd. 22, S. 67.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Bd. 6. Aufl. Berlin 1912.
Neuner, R.: Abstrakte und kausale Übereignung beweglicher Sachen. In: Rhein.Z. 1925, S. 9.
Nußbaum: Tatsachen und Begriff im deutschen Kommissionsrecht. Berlin 1917.
Oberländer, Rolf: Der mittelbare Eigentumserwerb des Nichtberechtigten unter Berücksichtigung des § 162 BGB. Diss. Göttingen 1935.
Oertelt: In: Recht 1914, Sp. 294.
Oertmann, Paul: Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. Lpz. 1931.
– – Wandlung gegenüber dem verkaufenden Pfandgläubiger. In: JRsch. 1930, S. 169.

– – Ersitzung und Bereicherungshaftung. In: Recht 1910, S. 585.
– – Verfügungen ohne Rechtsgrund über fremde Sachen. In: Recht 1915, Sp. 510.
– – Die Rechtsbedingung. 1925.
– – Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I, Allg. Teil, 3. Aufl. 1927; Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1. Abt. 1928, 2. Abt. 1929.
– – In: Seuff.Bl. Bd. 69, S. 65.
– – Entgeltliche Geschäfte. München 1912.
– – In: IherJahrb. Bd. 44, S. 207.
Oldenburg, Walter: Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bei rechtsgrundlosen Verfügungen eines Nichtberechtigten. Diss. Hamburg 1932.
Olshausen: Besprechung von Rieß, Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Nichtberechtigten. In: Gruchot, Bd. 48, S. 436 ff.
Opet-Blume: Familienrecht. Berlin 1906.
Oppenheimer: Der Gesetzesmißbrauch. Diss. Köln 1930.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1900.
Pfaff, J.: Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere. Wien 1892.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4.—5. Aufl.
Plassen: Die Grundlagen der modernen condictio. 1904.
Pollack, R. M.: Die dingliche Rechtslage des Erlöses aus der Versteigerung verpfändeter und gepfändeter Sachen. Leipzig 1915.
Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB. Berlin 1908.
Raesch, Fr.: Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage. Diss. Greifswald 1902.
Ramdohr, H.: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB. In: Gruchot, Bd. 44, S. 115 ff., 658 ff.
Regelsberger: In: IherJahrb. Bd. 44, S. 407. Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen.
– – Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten. In: IherJahrb. Bd. 47, S. 339.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. IV: Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeine Bestimmungen. Berlin 1903.
Reichel, H.: Schulderneuerung und Schuldverschleierung. In: Österr.Ger. Ztg. herausgegeben von Hellmer und Rathenhofer. Bd. 74 (16. 3. 1922).
Reichel: Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb. In: Grünhut, Bd. 42, S. 173 ff.
Reichel: Die Schuldmitübernahme. 1909.
– – Gesetz und Richterspruch. 1915.
RGRK.: Das Bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von ... Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. 7. Aufl. Berlin und Leipzig 1929; 8. Aufl. 1934.
Rieß: Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten. Diss. Breslau 1902.
Riezler, Fr.: Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage. Diss. Greifswald 1902.
– – In: KritVJSchr. Bd. 54, S. 389.

Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Berlin 1931.
– – Sachenrecht. Kommentar. München 1919.
– – In: DJZ. 1912, S. 546.
Rotondi, Giovanni: Gli atti in frode alla legge. Torino 1911.
Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. 1930.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im BGB. In: ArchZivPrax., Bd. 93, S. 131 ff.
– – In: ArchZivPrax. Bd. 97, S. 211 ff.
– – Zur Lehre von den Schuldversprechen und den Schuldanerkenntnissen des BGB. In: Festgabe für Degenkolb. Tübingen 1905/06.
Rumpf, Max: In: ArchZivPrax. Bd. 117, S. 315.
– – Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte. In: ArchZivPrax. Bd. 119, S. 10.
Savigny, v.: Das Recht des Besitzes. 1865.
– – System des heutigen Römischen Rechts. 1840.
Schiedermair: Das Anwendungsgebiet des § 162 BGB. Bonn 1929.
Schleß: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand. Leipzig 1931 (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 66).
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. Leipzig 1900 und 1902.
Schmidt, Rudolf: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht. München 1915.
Schmidt-Miehe, Hans-Erich: Der Vertrauensschutz des Zessionars bei Abtretung einer Scheinforderung oder bei Abtretung einer Forderung gegen Verbot. Diss. Erlangen 1932.
Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft. In: EhrenbergsHdb. Bd. V, S. 477.
Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. 1902.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schöninger: Die Leistungsgeschäfte des Bürgerlichen Rechts. Tüb. 1906.
– – Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs. In: ArchZivPrax. Bd. 96, S. 163.
Schönfeld: Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts. RGPr. Bd. II, S. 191.
Schöny: Treuhandgeschäfte. Diss. Freiburg 1908. Auch in: ArchZivPrax., Bd. 35, S. 291.
Schott: In: Breslauer Festgabe für Dahn. Bd. III, S. 306.
Schreiber, Kurt: Die Zession einer Scheinforderung. Diss. Köln 1930.
Schultze, Alfred: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. In: Iher-Jahrb. Bd. 43, S. 1.
Schulz, F.: System der Rechte auf den Eingriffserwerb. In: ArchZivPrax., Bd. 105, S. 402.
Schwarz: In: RvglHWb. II.
Schwarz, Maria: Der Anspruch des Eigentümers gegen den nicht rechtswirksam verfügenden gutgläubigen Nichtberechtigten (§§ 281 und 816 BGB.). Diss. Tübingen 1930.
Seidel, Hans: Die Anwendbarkeit des § 816 BGB. auf nachträglich wirksam werdende Verfügungen. Diss. Göttingen 1930.

Seuffert, Lothar: Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1903.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. München. 1. Bd. 1932; 2. Bd. 1933.
Siber, Heinrich: Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht. Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Sohm. München und Leipzig 1915.
– – Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Schuldrecht. Leipzig 1931.
– – Das Verwaltungsrecht am fremden Vermögen im Deutschen Recht. In: IherJahrb. Bd. 67, S. 81.
Siebert: Verwirklichung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. 1934.
– – Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. 1933 (s. dazu Kreller, a.a.O.).
Sluyter, Friedrich: Ist Eigentumserwerb nach BGB. 932 möglich, wenn der Erwerber weiß oder wissen muß, daß eine gültige Erwerbscausa für ihn nicht vorliegt? Diss. Greifswald 1910.
Smoira: Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche dem Schuldner nicht gehörige Sachen. Diss. Königsberg 1911.
Soergel: Kommentar zum BGB. 5. Aufl.
Spreckelsen, v.: Der Begriff des privatrechtlichen Amtes. In: Leonhards Studien. Heft 41. Breslau 1927.
Stampe: Grundriß der Wertbewegungslehre. 1. Teil. Tübinglen 1912; 2. Teil, Tübingen 1919.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12.—13. Aufl.
Staudinger, v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I—III, 9. bis 10. Aufl.
Stein, Ludwig: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Diss. Greifsw. 1920.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 2 Bde. 1929.
Stieve: Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs. Diss. Straßburg 1899.
Stoevesandt, Heinrich: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Stuttgart 1936. In: Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht. Heft 8. (auch als Diss. Göttingen 1936).
Striemer: In: JW. 1913, S. 183.
Strohal: Das Deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB. 2 Bde. 3. Aufl Berlin 1903, 1904.
– – In: IherJahrb. Bd. 38, S. 86.
Stutz, Heinrich: Die Rechtsbeziehungen des Eigentümers zum nichtberechtigten Besitzer. Berlin 1934.
Thiele: Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Surrogation nach §§ 1381, 1382. In: ArchZivPrax., Bd. 76, S. 1 ff.
Tuhr, Andreas v.: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1910; Bd. II, , 1904; Bd. II, 2 1918.
– – Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Tüb. 1924/25.
– – In: Zeitschrift für schweizerisches Recht. NF. Bd. 40 , S. 51.
– – in: ArchZivPrax., Bd. 120, S. 1.
– – Zum Begriff der Verfügung nach BGB. In: ArchZivPrax., Bd. 117, S. 193 (1919).

Vetsch, J.: Die Umgehung des Gesetzes. Zürich 1917.
Voß: In: IherJahrb. Bd. 47, S. 233; Bd. 51, S. 413.
Wallenstein, Klaus: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Diss. Göttingen 1934.
Waller, Alfred: Surrogation, eine Studie. Diss. Bonn 1904.
Walsmann: In: IherJahrb. Bd. 49, S. 297.
Wander: Wirkung und Rechtfertigung des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten an beweglichen Sachen. Diss. Königsberg 1929.
Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I und II. Tübingen 1930.
– – Konkursordnung. Handkommentar. Berlin 1932.
Weber, Wolfgang: Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten. In: Studien z. Erl. d. Bürgerl. R. von Leonhard, Heft 37. (Auch als Diss. Freiburg i. Br. 1914).
Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht. Wien 1906.
Wendt: Erwerb von einem Nichtberechtigten. In: ArchZivPrax. Bd. 85, S. 5.
Wette, W.: Mentalreservation, Simultation und agere in fraudem legis. Diss. Greifswald 1900.
Wilke, R.: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz mit Kommentar in Anmerkungen. V. Bd. Erbrecht. Berlin 1900.
Wilmowski - Kurlbaum: Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1902.
Windmüller, Edgar: Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes „pretium succedit in locum rei, res in locum pretii" nach gemeinem Recht und BGB. Diss. Leipzig 1902.
Windscheid - Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I u. II. 9. Aufl. 1906.
Wünschmann: Vom pactum de non cedendo. In: Gruchot, Bd. 54, S. 209 ff.
Zitelmann: In: IherJahrb. Bd. 70, S. 27.
– – Lücken im Recht. Leipzig 1903.
Zysmann, Rudi: Über den Rückerwerb des Nichtberechtigten vom gutgläubigen Zwischenerwerber in Ansehung des § 932 BGB. Diss. Breslau 1923 (nur in Maschinenschrift).

Abkürzungen.

ArchZivPrax.	=	Archiv für die zivilistische Praxis
BürgArch.	=	Archiv für Bürgerliches Recht
CC.	=	code civil
DJ.	=	Deutsche Justiz
DJZ. DJurZ.	=	Deutsche Juristenzeitung
DRZ.	=	Deutsche Richterzeitung
GruchBeitr.	=	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, gegründet von J. Gruchot
Grünhut	=	Zeitschr. für das Privat- u. öffentliche Recht von Grünhut
HdR.	=	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
IherJahrb.	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts, jetzt des bürgerlichen Rechts
JRsch.	=	Juristische Rundschau
JW.	=	Juristische Wochenschrift
KritVJSchr.	=	Kritische Vierteljahresschrift für Rechtswissenschaft
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
OLG.	=	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, hg. von Mugdan und Falkmann
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
RGPr.	=	Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Berlin und Leipzig 1929.
RGRK.	=	Reichsgerichtsrätekommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RvglHWb.	=	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes.
SeuffArch.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen d. Obersten Gerichte
SeuffBl.	=	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
WarnRSpr.	=	Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts
ZGB.	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZZP.	=	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß
E.-Lehmann	=	Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, bearb. v. H. Lehmann
Wolff, SR.	=	Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch d. Bürgerlichen Rechts, Bd. III, Sachenrecht
v. Tuhr I	=	v. Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, Bd. II, 1. Hälfte
II 1		
II 2		Bd. II, 2. Hälfte

Vorbemerkung.

Das Problem des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten" ist bereits in mehreren Einzeluntersuchungen[1] behandelt worden. Die Abhandlungen von Ewald[2] und neuestens von Stoevesandt[3] sind wegen ihrer umfassenden und juristisch scharfsinnigen Erörterung des Problems besonders hervorzuheben.

Wenn erneut eine eingehende Untersuchung des Problemkreises vorgenommen wird, so erscheint dies trotz der erst kürzlich erschienenen Abhandlung von Stoevesandt aus mehreren Gründen gerechtfertigt. Einmal kann von einer abgeschlossenen Bearbeitung des Problems und einer geklärten Stellungnahme keineswegs die Rede sein. Dies zeigt sich schon darin, daß die beiden maßgebendsten Untersuchungen, die von Ewald und von Stoevesandt, nicht nur mit gänzlich verschiedener Methode arbeiten, sondern in fast allen Fällen auch zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen. Weiterhin erschien die Möglichkeit, auf Grund gesetzlicher Sonderbestimmungen in Einzelfällen wünschenswerte Ergebnisse zu erzielen, in keiner Weise erschöpft. Hierauf ist deshalb im folgenden besonderes Gewicht gelegt. Schließlich erschien bei der allgemeinen Behandlung des „Rückerwerbs" (Allgemeinlösung) die Hauptschwierigkeit in der Methode. Hier bedurfte es einer Klärung und der Aufzeigung methodischer Möglichkeiten.

Die folgende Untersuchung befaßt sich mit wenigen Ausnahmen[4] lediglich mit der dinglichen Rechtsgestaltung beim „Rückerwerb des Nichtberechtigten". Die Erörterung der gesamten obligatorischen Beziehungen zwischen den Beteiligten ist unterblieben[5]. Denn diese Fragen sind nicht typisch

---

1 Vgl. das in Anmerkung 1, 2 auf Seite 11 angeführte Schrifttum.

2 Ewald, IherJahrb. Bd. 76 (1926), S. 233.

3 Stoevesandt, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Stuttgart 1936.

4 Vgl. S. 115 ff.

5 Ebenso Ewald, a.a.O.; anders Stoevesandt, a.aO., vgl. Anm. 551, S. 115 dieser Arbeit.

für das Problem des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten“[6]. Zudem gestattete der Rahmen der Arbeit nicht, eingehender auf sie einzugehen.

Daß das „Rückerwerbs“problem im übrigen nicht lediglich von dogmatischem Interesse ist und fernab vom praktischen Rechtsleben liegt, sondern recht häufig in verschiedenster Gestaltung auftritt, zeigen die folgenden Untersuchungen selbst.

[6] Vgl. S. 115 ff.

Einleitung.

Das Problem.

I. Begriff und Fälle des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten".

1.

Unter „Rückerwerb des Nichtberechtigten" versteht man alle Fälle, in denen jemand einen Gegenstand zurückerwirbt, über den er vorher als Nichtberechtigter wirksam verfügt hat. Die klarste Ausprägung findet der „Rückerwerbs"tatbestand in folgendem Fall, der zur Verdeutlichung vorweggestellt sei: N veräußert eine Sache des A wirksam an Z und erwirbt sie später von Z zurück[1].

Ohne der Analyse des Tatbestandes vorgreifen zu wollen, sei zur vorläufigen Erläuterung des Begriffes bemerkt: Der Rückerwerb kann auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhen. So gehört auch ein Rückerwerb im Wege der Erbfolge hierher[2]. Den verfügenden N braucht kein Verschulden zu treffen[3]. Er kann sich in nicht fahrlässiger Weise für den Berechtigten halten. Im übrigen gehören sämtliche Fälle hierher, in denen ein Nichtberechtigter (N) verfügt, gleichgültig worauf die Rechtswirksamkeit seiner Verfügung beruht. Also auch der Fall, in dem die Verfügung des N kraft Einwilligung oder Genehmigung des A nach § 185[4] wirksam ist oder wird (ex tunc: § 184). Formal ergibt sich dies daraus, daß es sich auch im Fall des § 185 um einen „Nichtberechtigten" handelt, wie schon aus dem

---

[1] Im folgenden bedeutet: A = Altberechtigter, N = Nichtberechtigter, Z = Zwischenerwerber; zum Teil wird noch eine weitere Person verwendet: E = Erwerber vom Zwischenerwerber (Z).

[2] Ebenso: Stein, a.a.O., S. 9; Horwitz, a.a.O., S. 2.

[3] Ebenso: Stein, a.a.O., S. 9.

[4] Soweit im folgenden die §§ ohne weitere Angaben angeführt sind, handelt es sich um Bestimmungen des BGB.

Wortlaut der Bestimmung hervorgeht. S a c h l i c h rechtfertigt sich seine Unterordnung durch die gleiche Problemlage[5].

2.

Einige Beispiele mögen das Gesagte veranschaulichen.

1. N, Erbe des verstorbenen X, veräußert an Z eine bewegliche Sache, die er im Nachlaß des X gefunden hat. Die verkaufte Sache hatte jedoch Sachmängel, die den Parteien unbekannt waren. Deshalb wandelt der Käufer Z und übereignet die Sache an den N zurück. In Wirklichkeit gehörte die Sache nicht dem verstorbenen X, sondern dieser hatte sie von seinem Freunde A geliehen[6].
2. A hat dem N eine bewegliche Sache geliehen. N ist in Geldverlegenheit und veräußert deshalb die Sache an den gutgläubigen Z. Demnächst stellt Z Sachmängel fest, die beiden Parteien unbekannt waren, wandelt und übereignet die Sache an N zurück[7].
3. A hat dem N eine einmalige Goetheausgabe geliehen. N will diese nicht mehr erhältliche Ausgabe von A käuflich erwerben. A lehnt jedoch das Verlangen des N ab. N, der die Gutglaubens-Schutzvorschriften des BGB. kennt, veräußert deshalb die Goetheausgabe an den gutgläubigen Z und behält sich innerhalb einer bestimmten Frist den Rücktritt vor in der Absicht, zurückzutreten und so das Eigentum zu erwerben. N tritt zurück und Z übereignet dem N, den er für den früheren Eigentümer hält, die Goetheausgabe zurück[8].
4. A hat dem N gegenüber zum Schein einen Schuldschein über 1000.— RM. ausgestellt. N tritt die Forderung unter Vorlage des Schuldscheins an Z ab. Demnächst tritt Z die Forderung wieder an N ab.
5. N hat gegen A eine Forderung, über die ein Schuldschein ausgestellt ist. Die mündlich vereinbarte Nichtabtretbarkeit ist nicht in den Schuldschein aufgenommen. Demnächst tritt N

---

[5] Es lassen sich auch Fälle denken, in denen ein „Altberechtigter" (A) überhaupt nicht vorhanden ist: N veräußert eine herrenlose bewegliche Sache an den gutgläubigen Z und erwirbt demnächst zurück.

[6] Veräußerung und Rückerwerb im guten Glauben.

[7] Veräußerung und Rückerwerb im Bewußtsein des Nichtrechts.

[8] „Böswilliger" Erwerb.

die Forderung unter Vorlage des Schuldscheins an den Z ab. N erwirbt später die Forderung von Z zurück.

6. N, der Pseudoerbe des X, veräußert auf Grund eines Erbscheines eine bewegliche Sache, die zum Nachlaß des X gehört, an Z. Demnächst wandelt Z wegen eines Sachmangels und übereignet an N zurück. In Wirklichkeit ist A Erbe des X.
7. A hat dem N eine bewegliche Sache geliehen. N, der in Geldverlegenheit ist, übereignet die Sache sicherungshalber an den gutgläubigen Z wegen einer Forderung, die Z gegen N hat. Nach Tilgung der Schuld übereignet Z die Sache an N zurück.
8. Der Eigentümer A verpfändet eine mangelhafte Sache an N für eine Forderung des N gegen A. Der Mangel ist beiden Parteien unbekannt. N veräußert demnächst die Pfandsache freihändig — beim gewöhnlichen Pfandverkauf würde eine Mängelhaftung nicht in Frage kommen: § 461 — an Z. Nach Feststellung des Sachmangels wandelt Z und übereignet die Sache an N zurück.
9. A hat eine bewegliche Sache dem N geliehen, der sie an den gutgläubigen Z veräußert. Demnächst fällt N in Konkurs. Der Konkursverwalter möchte die Veräußerung an Z anfechten und die Sache von Z zurückfordern.

3.

Das Problem des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten" stellt sich s y s t e m a t i s c h[9] als ein Sonderfall des weitergreifenden Fragenkreises des „Erwerbs vom gutgläubigen Zwischenerwerber" dar[10]. Der „Erwerb vom gutgläubigen Zwischenerwerber" umfaßt alle Fälle, in denen jemand (E) vom „Zwischenerwerber" (Z) einen Gegenstand erwirbt, den dieser (Z) wirksam von

---

[9] Vgl. über den Begriff „System": H e c k, Begriffsbildung, S. 139 ff.

[10] „Mittelbar schlechtgläubiger Erwerb" nennt Reichel, a.a.O., S. 259, den gesamten Fragenkreis. Er faßt alle Fälle zusammen, in denen ein Schlechtgläubiger sich eines Gutgläubigen als eines bloßen Werkzeugs zum Zwecke des Erwerbs bedient. Hier sollen jedoch auch die Fälle der Redlichkeit des N erfaßt werden. Ebenso Fenwarth, a.a.O. Man könnte deshalb auch von einem „mittelbaren Erwerb" sprechen. So nennt Hälbig, a.a.O., den „Rückerwerb des Nichtberechtigten" den „mittelbaren Eigentumserwerb des Nichtberechtigten". Ebenso Oberländer, a.a.O., S. 1, 5 ff.

einem Nichtberechtigten (N) erworben hat. Die Rechtfertigung dieser Systematik ergibt sich s a c h l i c h aus dem inneren Zusammenhang: In allen Fällen erwirbt jemand von einer Person, die von einem Nichtberechtigten wirksam erworben hat, so daß die Möglichkeit einer gleichen oder verwandten Interessenlage nahe liegt, b e g r i f f s j u r i s t i s c h daraus, daß es sich um einen weiteren, um einen „Ober"begriff handelt. Den im Tatbestand des Oberbegriffs grundsätzlich vorhandenen drei Personen: Verfügender „Nichtberechtigter" (N), gutgläubiger „Zwischenerwerber" (Z) und „Erwerber vom Zwischenerwerber" (E), stehen im Tatbestand des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten" nur zwei Personen gegenüber, indem der verfügende „Nichtberechtigte" (N) und der „Erwerber vom Zwischenerwerber" (E) in einer Person zusammenfallen[11].

Das P r o b l e m in allen Fällen ist klar: N erwirbt vom berechtigten Z, so daß zum mindesten scheinbar der gute Glaube des rückerwerbenden N keine Bedeutung hat, sondern er als Erwerber vom Berechtigten unter allen Umständen das Recht erwirbt.

Die praktische Z u s p i t z u n g des Problems ist ebenfalls deutlich:

1. A verlangt Herausgabe der Sache von N.
2. A erhebt die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO. gegenüber einer Pfändung, die ein Gläubiger des N vorgenommen hat.
3. A macht im Konkurs des N ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO. geltend.

In allen Fällen lautet die Frage: Ist dieses Verlangen des A trotz des scheinbaren Rechtserwerbs des N gerechtfertigt?

II. Analyse des Tatbestandes (die Kriterien).

Die Analyse des Tatbestandes des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten" ergibt zwei zeitliche Abschnitte: Einmal den Erwerb des Z von N, und dann den Rückerwerb des N von Z. Das

---

[11] So bringt auch Reichel, a.a.O., S. 262, den „Rückerwerb des Nichtberechtigten" als einen Unterfall des „mittelbar schlechtgläubigen Erwerbs". Im Gegensatz zu den „R ü c k erwerbsfällen" kann man die anderen als „W e i t e r erwerbsfälle" bezeichnen.

erste Rechtsgeschäft sei Zwischenerwerbsgeschäft, das zweite Rückerwerbsgeschäft genannt[12].

Eine genauere Erfassung des Tatbestandes soll auf Grund der beiden Fragen erfolgen:

1. Welche Möglichkeiten gibt es, durch die jemand (Z) von einem Nichtberechtigten (N) einen Gegenstand erwerben kann? (Analysierung des Zwischenerwerbsgeschäfts, auf Grund dessen der gutgläubige Z einen Gegenstand wirksam erwirbt).
2. Worauf kann der Rückerwerb des N von Z beruhen? (genauere Erfassung des Rückerwerbsgeschäfts).

1.

Bei Erörterung der (ersten) Frage nach der Wirksamkeit des Rechtserwerbes von N (Zwischenerwerbsgeschäft) seien die Hauptfälle des positiven Rechts aufgezählt, die in Betracht kommen:[13]

BGB.: §§ 135 II, 136; 171 III, 163; 405; 793; 892, 932, 936; 1032; 1138, 1155, 1157, 1192; 2113 III, 2129 II; 2366;
EGBGB.: Art. 61;
HGB.: §§ 365 I, 366;
WG.: Art. 16;
ScheckG.: Art. 19, 21;
ZPO.: §§ 325 II, 898;
ZVG.: § 23 II;
KO.: § 7 I 2.

Hierbei kann man eine Unterteilung in drei Gruppen vornehmen, indem man die Wirksamkeitsgründe des Erwerbs von N zugrunde legt. Die Wirksamkeit des Erwerbs von N kann beruhen:

1. Auf dem guten Glauben des Z[14].

---

[12] So Ewald, a.a.O.; im Anschluß an Ewald: Stoevesandt, a.a.O. Man könnte von einem „zweiaktigen Tatbestand" oder einem „zusammengesetzten Tatbestand" sprechen. Tatbestand bedeutet dann hier nicht Tatbestand einer gesetzlichen Bestimmung, sondern Tatbestand eines wissenschaftlichen, außergesetzlichen Begriffs.

[13] Vgl. Weber, a.a.O., S. 82; vgl. auch Wendt, a.a.O.

[14] Man kann vom Gegenstand des guten Glaubens aus weiter scheiden:
a) Auf dem guten Glauben an das Eigentum des N;
b) auf den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des N (§ 366 HGB.).

2. Auf der Einwilligung oder Genehmigung des A (§ 185).
3. Auf einer dem N kraft Gesetzes übertragenen Verfügungsmacht.

Innerhalb dieser einzelnen drei Gruppen kann es sich jeweils handeln (Gegenstand des Zwischenerwerbsgeschäfts) um den Erwerb von Eigentum und anderen dinglichen Rechten, oder um den Erwerb von Forderungsrechten, und zwar

a) von Inhaber- und Orderpapieren,
b) auf Grund des § 405.

Bringt man endlich die rechtliche Stellung des N zum Gegenstand des Zwischenerwerbsgeschäfts noch in Beziehung, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1. N ist ohne alles Recht an dem veräußerten Gegenstand[15].
2. N hat selbst ein Recht (z. B. ein Pfandrecht, einen Nießbrauch, ein Anwartschaftsrecht aus aufschiebend bedingtem Erwerb oder aus auflösend bedingter Veräußerung).
3. N hat ein Recht an dem Gegenstand des Zwischenerwerbsgeschäfts, es besteht aber eine Verfügungsbeschränkung zu seinen Lasten[16].

Der „Rückerwerb“[17] durch einen offenen Stellvertreter weist nicht die Problemlage auf. Gemeint sind die Fälle, in denen A den N bevollmächtigt, einen Gegenstand an Z zu veräußern und N später als Vertreter des A den Gegenstand von Z zurückerwirbt. Also, um an die oben gegebene Systematik anzuknüpfen, die Fälle, in denen das Zwischen- und das Rückerwerbsgeschäft durch N als offenen Stellvertreter des A abgeschlossen werden[18], [19].

---

[15] N hat also nichts als den bloßen Rechtsschein hinter sich.

[16] §§ 7 KO. / 892; §§ 135 II, 136 / 2113 III / 2129 II. N besitzt zwar Vollrechtsstellung, er ist aber hinsichtlich des Gegenstandes der Rechtsscheinveräußerung (= Zwischenerwerbsgeschäft) in seiner Veräußerungsfähigkeit gebunden.

[17] „Rückerwerb“ im Sinne: Veräußerung und Rückerwerb.

[18] Insoweit dürfte der Fall, den Ewald, a.a.O., S. 235, Fall 7 anführt, unrichtig sein. Vgl. auch Ewald, a.a.O., S. 236 unter e! Nur dann wäre es anders, wenn N als offener Stellvertreter des A veräußert, aber im eigenen Namen später zurückerwirbt. Diesen Fall meint Ewald aber offenbar nicht, wie sich aus den Ausführungen zu e auf S. 236 ergibt.

[19] In diesem Sinne verstehen „Erwerb durch einen offenen Stellvertreter“:

Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen N einen anderen (V) bevollmächtigt, einen dem A gehörenden Gegenstand an Z zu veräußern, und demnächst der Vertreter (V) im Namen des N von Z zurückerwirbt. Auch diese Fälle kann man sprachlich als „Erwerb durch einen offenen Stellvertreter" bezeichnen. Hier ist die Problemlage die gleiche, wie wenn N selbst gehandelt hätte (§ 164)[20].

Für die Begründung, daß die Veräußerung durch einen offenen Stellvertreter (im ersten Sinne) nicht die Problemlage aufweist, ist nicht ausschlaggebend, wie Stoevesandt[21] meint, daß durch die Veräußerung des Stellvertreters (N) Kausalbeziehungen nur zwischen dem Vertretenen (A) und Z beeinflußt werden, daß ein Kondiktionsanspruch nur dem Vertretenen (A) zusteht usw.. Dies ist ohne weiteres zuzugeben, ist aber nicht entscheidend. Wenn N als offener Stellvertreter des A an Z übereignet[22], [23] und in gleicher Weise zurückerwirbt, dann ergibt sich lediglich aus der Gestaltung der dinglichen Rechtslage, ob das Problem des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten" auftauchen kann. Entscheidend ist, daß beim (dinglichen) Rückerwerb N als offener Vertreter des A auftritt („für einen anderen in dessen Namen"[24]), also so, daß die Wirkungen des Geschäfts unmittelbar den A (Vertretenen) treffen sollen. Ein Rechtserwerb in der Person des N findet nicht statt, so daß von einem „Rückerwerb" des N nicht gesprochen werden kann[25].

Stoevesandt, a.a.O., S. 10; Ewald, a.a.O., S. 235/236, der aber irrtümlich die gleiche Problemlage annimmt, vgl. Anm. 18.

20 In diesem Sinne verstehen „Erwerb durch einen offenen Stellvertreter": Oberländer, a.a.O., S. 6, 47; Fenwarth, a.a.O., S. 14 ff., der an dieser Stelle allerdings nur „Weitererwerbsfälle" untersucht.

21 a.a.O., S. 10.

22 Die Kausalbeziehungen zwischen A und Z, auf Grund deren die Verfügung getroffen wird, können ebenfalls vom Vertreter geschaffen worden sein. Dies wird meistenteils der Fall sein, ist aber durchaus nicht notwendig.

23 Wann jemand im eigenen oder im fremden Namen verfügt, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht im einzelnen dargelegt werden. Es besteht im einzelnen keine Übereinstimmung. Vgl. Lenel, IherJahrb. 36/1; v. Tuhr, I S. 65; II 1 § 50 S. 243; ebda. Anm. 50, Anm. 64 auf S. 375; II 2 S. 216. E.-Nipperdey, § 191 Anm. 2; Bruns, a.a.O., S. 112.

24 Lehmann, allg. Teil, § 36 I S. 289.

25 So sind z. B. bei der Übereignung einer beweglichen Sache Parteien der „Einigung" A (Vertretener) und Z. A erlangt unmittelbaren oder mit-

2.

Bei der Analysierung des Rückerwerbsgeschäfts — worauf kann der Rückerwerb des N beruhen, lautet die Frage — ist zu beachten: Als Rückerwerbsgründe interessieren hier nur die Fälle, in denen die frühere Rechtslage nicht automatisch wiederhergestellt wird, d. h. ohne daß es einer Rückübereignung der Parteien bedürfte. Lediglich die Fälle kommen in Betracht, in denen eine Änderung der dinglichen Rechtslage nur durch einen besonderen Rückübertragungsakt zwischen N und Z eingetreten sein kann.

Demnach scheiden für vorliegendes Problem folgende Fälle aus:

1. Das dingliche Zwischenerwerbsgeschäft zwischen N und Z ist angefochten; denn bei einer wirksamen Anfechtung tritt die frühere dingliche Rechtslage wieder ein (§ 142), so daß A wieder Inhaber des Rechts ist, ohne daß es noch einer besonderen Übereignung bedarf[26].
2. Das dingliche Zwischenerwerbsgeschäft zwischen N und Z ist auflösend bedingt und die Bedingung tritt ein. In diesem Fall tritt der alte Rechtszustand zwar nicht ex tunc, sondern ex nunc[27], aber doch automatisch, d. h. ohne einen weiteren Rechtsübertragungsakt unabhängig vom Parteiwillen wieder ein (§ 158 II)[28].
3. Die Übereignung des N an Z ist unwirksam, so daß N beim Rückerwerb vom nichtberechtigten Z erwirbt. Die Begründung dieses Satzes[29] darf der späteren Ausführung vorbehalten werden.

---

telbaren Besitz, so daß er nach § 929 unmittelbar Eigentum erwirbt. N (Vertreter) erlangt überhaupt kein Eigentum! Daß auch die Erlangung des mittelbaren Besitzes zum Eigentumserwerb nach § 929 genügt: Staudinger, 3./4. Aufl. § 929 III 1 b; Wolff, SR. § 66 I 1 b; wenn der Vertreter auf Grund eines Dienstvertrages oder Auftrages Besitz erwirbt, so sind dies nach § 868 geeignete Rechtsverhältnisse; vgl. F. Leonhard, Vertretung, S. 60 ff.; Bruns a.a.O., S. 162.

[26] v. Tuhr, II 1 § 57 V, insbes. Anm. 95.

[27] Vgl. v. Tuhr, II 2, § 82, S. 322. Unmittelbare Wirkung der auflösenden Bedingung im Gegensatz zum Rücktritt (§ 346), der nur obligatorische Wirkung hat.

[28] Köller, a.a.O., S. 20; v. Tuhr, II 2, § 81 II 2; § 83 III.

[29] Die gleiche Frage wurde schon bei der Begriffsbestimmung des „Rückerwerbs des Nichtberechtigten" gestreift.

Die Rückerwerbsgründe kann man in zwei Gruppen einteilen: In die Rückerwerbsgründe, die rechtlich ohne Zusammenhang mit dem Zwischenerwerbsgeschäft sind, und die Rückerwerbsgründe, die rechtlich im Zusammenhang mit dem Zwischenerwerbsgeschäft stehen[30].

Im einzelnen kann der Rückerwerb erfolgen:

1. Auf Grund eines gesetzlich[31] oder vertraglich begründeten Rücktritts einer Partei[32] oder einer Wandlung[33], die der gleichen rechtlichen Regelung unterliegt.
2. Auf Grund eines Bereicherungsanspruchs des Nichtberechtigten[34].
3. Auf Grund eines Schuldabänderungsvertrages (§ 305).
4. Auf Grund einer gemeinsamen Vertragsaufhebung der Parteien[35].
5. Auf Grund einer Anfechtung nach §§ 29 ff. KO., §§ 1 ff. AnfGes..
6. Auf Grund einer fiduziarischen Vereinbarung.
7. Auf Grund eines Erbgangs.
8. Auf Grund einer selbständigen neuen Kausa.

III. System der Fälle (Einteilungsprinzip).

Wenn von „System der Fälle" gesprochen wird, so soll hier aufgezeigt werden, welches System der folgenden Untersuchung zu Grunde gelegt ist[36]. Es bestehen mehrere Möglichkeiten. Um nur einige größere Einteilungsgesichtspunkte zu nennen: Vom Tatbestand des Rückerwerbsgeschäfts aus nach den Rückerwerbsgründen; vom Gegenstand des Zwischen-

---

[30] Ewald, a.a.O., S. 270, nennt die ersten „Außenverkehrsgeschäfte", die zweiten „Innenverkehrsgeschäfte". Horwitz, a.a.O., S. 2, spricht vom „Allgemeinrückerwerb", „Wandlungsrückerwerb", „Rückerwerb im Anschluß an ein fiduziarisches Rechtsgeschäft". Vgl. auch Kiehl, JW. 1922, S. 780.

[31] Vgl. z. B. §§ 275—278, 325, 326.

[32] §§ 918 ff. ABGB.; Art. 214 III OR.; Artt. 1654, 1657 CC.

[33] § 538; Art. 208 OR.; Art. 1644 CC.

[34] § 1435 ABGB.; Art. 62 OR.; Artt. 1376 ff. CC.

[35] Art. 1134 II CC. Dagegen v. Tuhr, II 2 S. 90; RGRK. (Mansfeld), § 516 Bem. 5; dafür die h. L., vgl. Liebisch, a.a.O., S. 37.

[36] „System" im Sinne des Darstellungsgrundsatzes gebraucht. Vgl. Heck, Begriffsbildung, S. 144.

erwerbsgeschäfts aus: Eigentum, beschränkt dingliche Rechte, Forderungen; vom Tatbestand des Zwischenerwerbsgeschäfts aus: nach den Wirksamkeitsgründen des Erwerbs vom Nichtberechtigten.

Die Systematik der folgenden Untersuchung geht vom Tatbestand des Zwischenerwerbsgeschäfts aus, indem die Wirksamkeitsgründe des „Erwerbs vom Nichtberechtigten" zu Grunde gelegt werden. Es geschieht dies deshalb, um durch verschiedene Erwerbsgründe evtl. bestehende Abweichungen auszuschließen und so das Problem zunächst einfacher und unkomplizierter behandeln zu können. In den einzelnen Teilen wird dann eine Systematisierung vom Tatbestand des Rückerwerbsgeschäfts insofern vorgenommen, als nach dem Versuch einer allgemeinen Lösung, die auf alle Rückerwerbsgründe Anwendung finden könnte, eine Einzelprüfung nach den einzelnen Rückerwerbsgründen vorgenommen wird. Hiermit verquickt ist zum Teil das Einteilungsprinzip vom Gegenstand des Zwischenerwerbsgeschäfts aus (z. B. die Untersuchung des Rückerwerbs von Forderungen!).

I. TEIL

Die Fälle der wirksamen Veräußerung kraft gutgläubigen Erwerbs des Dritten.

4. Abschnitt: Lösungsvorschlag bei Rückerwerb auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts" und bei „böswilligem" Erwerb.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß sich lediglich in einzelnen, sondergelagerten Fällen[593] ein dinglicher Rückerwerb des A rechtfertigen läßt. Ein allgemeiner Rückerwerb erscheint dagegen auf gesetzlicher Grundlage nicht möglich. Zwar stehen dem A in jedem Fall obligatorische Ausgleichsansprüche gegen N zu, mit deren Hilfe er seinen früheren Gegenstand zurückerlangen kann[594]. Diese obligatorischen Rechte erweisen sich jedoch in den oben aufgezeigten Fällen[595] (bei der „praktischen Zuspitzung" des Problems) als nicht genügend. Demnach zeigt sich die Notwendigkeit, einen Lösungsvorschlag aufzuweisen, der eine unmittelbare Wiederberechtigung des A bejaht.

Vorweg soll ein Fall der „praktischen Zuspitzung" erwähnt werden, bei dem allerdings auch ohne Bejahung eines dinglichen Rückerwerbs des A eine Lösung möglich erscheint: Nachdem N die dem A gehörende Sache wirksam an Z veräußert und die gleiche Sache später von Z zurückerworben hat, klagt A gegen

---

591 Insoweit übereinstimmend: Horwitz, a.a.O., S. 25, 26.

592 Um die Gegenleistung ist hier N im Gegensatz zu oben bereichert, da kein Bereicherungsanspruch des Z auf Rückübereignung der Gegenleistung besteht. Die Haftung richtet sich je nach Gut- oder Bösgläubigkeit des N nach § 818 oder § 819.

593 Sofern das Zwischen- oder das Rückerwerbsgeschäft bestimmt gelagert war — vgl. S. 32 ff. —, oder ein „Einzelfall" vorlag, vgl. S. 48 ff.

594 Lediglich bei Gutgläubigkeit des N beim Zwischenerwerbsgeschäft und einem Rückerwerb auf Grund eines „Außenverkehrsgeschäfts" erstreckt sich der obligatorische Ausgleichsanspruch nicht auf den zurückerworbenen Gegenstand. Das Ergebnis entspricht in diesen Fällen aber vollkommen der Interessenlage: N soll hier so wie ein Dritterwerber stehen.

595 Vgl. S. 4.

N auf Herausgabe der rückerworbenen Sache, indem er sich auf § 985 stützt.

Zunächst ist zu bemerken: In den hier zur Erörterung stehenden Fällen kann A von N die Sache jedenfalls (obligatorisch) herausverlangen. Zumeist hat er mehrere Rechtsbehelfe, die alle zum gleichen Ergebnis führen. Demnach ist es hier nicht von praktischer Bedeutung, ob dem A auch ein Anspruch aus § 985 zugebilligt wird. Zudem ist prozessual zu beachten: Selbst wenn sich A ausdrücklich und einzig bei seinem Herausgabeverlangen auf § 985 stützt, wird seinem Klagebegehren auch dann stattgegeben, wenn das Gericht die Erfordernisse des § 985 verneint, sofern andere Rechtsgrundlagen das Herausgabeverlangen rechtfertigen. Dies ist wenigstens der Standpunkt der allgemein herrschenden Substantiierungstheorie[596].

Wie gesehen, ist N Eigentümer der Sache. Prozessual stellt sich ein Bestreiten des Eigentums des A als Klagleugnung dar, A trägt demnach insoweit die Beweislast. Deutlich ist, daß ein evtl. Gegenvorbringen des A nicht eine Replik im technischen Sinn ist, da es an der hierzu notwendigen Voraussetzung fehlt, der Erhebung der Einrede durch N.

A kann dem N die Einrede des unerlaubten Rechtserwerbs entgegenhalten (exceptio doli specialis)[597]. Zweifelhaft erscheint allerdings, ob man den unerlaubten Rechtserwerb in dem Eigentumserwerb des N sehen kann[598]. Denn der Eigentumserwerb des N ist ja nicht unerlaubt, er hat vom Berechtigten erworben. Unerlaubt ist lediglich die Veräußerung an Z. Man könnte allerdings an folgende rechtliche Überlegung denken: Die Veräußerung an Z und die Rückübereignung an N bilden eine Einheit; unerlaubt ist die Veräußerung an Z; aus dieser Veräußerung hat N die Rückgewährsforderung erworben, so daß die Erlangung dieser Forderung ebenfalls unerlaubt ist; als unerlaubt ist dann aber auch der Erwerb des Eigentums anzusehen.

Einwandfreier dürfte jedoch folgende Begründung der Einrede des unerlaubten Rechtserwerbs sein. N ist dem A gegen-

---

[596] Rosenberg, ZPrR. § 264, vgl. auch S. 246; RGZ. in JW. 1901, S. 483; SeuffArch. 78, S. 211; RGZ. 99/176.

[597] Gadow, a.a.O., S. 175.

[598] So anscheinend Stoevesandt, a.a.O., S. 68.

über verpflichtet, den Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde[599] (ohne die Veräußerung an Z), d. h., in erster Hinsicht dem A das Eigentum wiederzuverschaffen. Negativ formuliert: N darf nicht vorbringen, A sei nicht Eigentümer. Dieses kann A „in replicando" geltend machen[600].

Unerlaubt ist die Herbeiführung der Rechtslage und der sich daraus ergebenden Rechtsstellung des N, die durch die Veräußerung der Sache geschaffen wurde: daß nämlich A sein Eigentum verloren hat. Durch unerlaubte Handlung hat N zwar nicht das Eigentum erworben, aber doch eine Rechtslage geschaffen, die ihm die Möglichkeit gibt, das Eigentum des A bestreiten zu können. Auf diese Rechtslage beruft sich ja N. Dem kann A die Einrede des unerlaubten Rechtserwerbs entgegensetzen. Denn N ist ja zur Beseitigung dieser seiner „Rechts"stellung verpflichtet.

Es handelt sich hier also nicht um einen Einwand der unrichtigen oder unerlaubten Rechtsausübung (exceptio doli praesentis), sondern um einen Fall der exceptio doli praeteriti. Die Zulässigkeit einer solchen Einrede ergibt sich aus einer Analogie zu § 853. Dort handelt es sich allerdings nur um Forderungen, die rechtliche Regelung ist aber entsprechend auf jeden Rechtserwerb anzuwenden[601].

So mag man dem A den Anspruch aus § 985 zubilligen[602], obgleich es, wie oben schon erwähnt, keine praktische Bedeutung hat. Zudem erscheint diese Möglichkeit[603] nicht empfehlenswert: Das Verlangen des A ist schon aus anderen Gründen gerechtfertigt, so daß eine „systemwidrige" Bejahung des § 985 vermieden werden kann, die darin besteht, daß ein Nichteigentümer „vindizieren" kann!

---

599 Die Verpflichtung kann sich aus den verschiedensten Rechtsgründen ergeben. Vgl. die Ausführungen S. 115 ff.

600 Oertmann, Vorbem. zu §§ 194 ff., S. 712.

601 Gadow, a.a.O., S. 175.

602 Vgl. Meves, a.a.O., S. 41, der ausführt: „Fehlt ein Besitzmittlungsverhältnis (zwischen A und N), so ist A auf eine Schadensersatzklage angewiesen, denn die Eigentumsklage kann er nach Verlust seines Eigentums nicht mehr anstrengen, allerhöchstens in Form einer persönlichen Klage, wenn man darauf den Grundsatz Schiedermairs anwendet, aber nicht als eigentliche dingliche gegen jedermann wirkende Klage."

603 Die konstruktiv begründet werden kann!

Klagt N gegen A auf Herausgabe nach § 985, so zeigt sich das gleiche Ergebnis. Man unterstelle den (umgekehrten) Fall, daß die rückerworbene Sache durch irgendeinen Umstand in die Hände des A kommt. N verlangt jetzt gemäß § 985 von A die Herausgabe der Sache, ohne daß eine andere rechtliche Grundlage, z. B. §§ 861, 1007 gegeben ist. Hier kann A seine Einrede ohne weiteres auf § 986 stützen, indem er sich auf ein Recht zum Besitz beruft[605]. Daß A ein Besitzrecht gegenüber N hat, ergibt sich daraus, daß N der Verpflichtete ist[606]. Einer Heranziehung des Satzes „dolo facit qui petit quod redditurus est"[607] bedarf es nicht. Eine solche Begründung wäre demnach dogmatisch irrtümlich[608].

A. Grundlegung.

Vorbemerkung.

Im folgenden soll ein konstruktiver Vorschlag aufgezeigt werden, der in bestimmten Fällen einen Rückerwerb des A begründet[609].

Oben wurden bei der Kritik der im Schrifttum bisher vertretenen Ansichten die dort gegebenen Konstruktionsversuche abgelehnt. Eines geht allerdings aus allen Behandlungen des Problems hervor, darüber besteht selbst im ablehnenden Schrifttum Übereinstimmung: Interessemäßig ist ein Rückerwerb des A das einzig „vernünftige und wünschenswerte Ergebnis"[610]. Dies soll den folgenden Ausführungen eine nicht unwillkom-

---

605 N ist ja Eigentümer!

606 Es ist sogar unerheblich, ob der beklagte A den Besitz von N oder einem Dritten erhalten hat. Ja, selbst bei eigenmächtiger Besitzergreifung gilt gegenüber der Klage aus § 985 das Gleiche. Wolff, SR. § 84 IV 1 a; Kipp zu Windscheid, I 1008; Staudinger (Kober), § 986, Bem. 1 b; a. A.: Raape, IherJahrb., Bd. 71, S. 164.

607 Es handelt sich um einen Fall der exceptio doli praesentis: Einwand der unrichtigen Rechtsausübung (§ 242), vgl. Gadow, a.a.O., S. 184.

608 Vgl. über überflüssige Anwendung dieses Begriffs: Brenner, a.a.O., S. 41; Brenner, a.a.O., S. 38 ff., hält diese Rechtsfigur im geltenden Recht überhaupt für gegenstandslos.

609 Da die interessenmäßige Betrachtung gezeigt hat, daß bei Rückerwerb auf Grund eines „Außenverkehrsgeschäfts" eine Sonderbehandlung nicht erwünscht ist, bleibt diese unerörtert.

610 So Stoevesandt, a.a.O., S. 51.

mene Grundlage und Stütze geben. Fraglich ist nur das „W i e“ der Begründung: Das Problem des „Rückerwerbs“ ist letztlich ein Problem der besten M e t h o d e.

I.

1.

Z w e c k der Schutzvorschriften ist es, die Erleichterung des Verkehrs zu ermöglichen[611]. Sie entspringen der Notwendigkeit einer schnelleren und zuverlässigeren Abwicklung des Güterumsatzes[612]. Die „Interessen“ des Erwerbers werden so als „Verkehrsinteressen“ geschützt. Die „Interessen“ des A und die Verkehrssicherheit stehen sich als Interessenkreise gegenüber[613]: Die „Interessen“ des A müssen zurückweichen. Daß aber ein Schutz des nichtberechtigten Veräußerers (N) nicht bezweckt ist, ist deutlich.

Hieraus[614] ergibt sich schon, daß ein von N wirksam erworbenes Recht (Eigentum) in jeder Hinsicht ein Vollrecht (Volleigentum) ist: Man erwirbt von Z Eigentum, ohne daß es auf einen guten Glauben ankommt. Andernfalls wäre der erstrebte Zweck illusorisch.

2.

Bei der Untersuchung der Interessenlage beim „R ü c k e r w e r b s“fall ist davon auszugehen, daß eine unterschiedliche Behandlung der „Rückerwerbsfälle“ erforderlich ist. Keineswegs sind die Interessen in allen Fällen gleich gelagert.

Als eine Grundlage diene der Unterschied eines Rückerwerbs auf Grund eines „Außen“- und eines „Innenverkehrsgeschäfts“. Um zum vorläufigen Verständnis nur summarisch darauf hinzuweisen: Ein „Außenverkehrsgeschäft“ liegt bei einem Rückerwerb auf Grund eines neuen, rechtlich unabhängigen Kausalgeschäfts vor[615].

---

611 Planck, § 932, Bem. 1; vgl. auch Regelsberger, a.a.O.!

612 Vgl. Müller-Erzbach, Gefährdung und Gefahrtragung, ArchZivPrax., Bd. 106, S. 444.

613 O. Fischer, Liter.ZentralBl., Bd. 60, S. 430; vgl. auch ders., Intern.Wochenschr. 1909, Bd. 3, Sp. 1452.

614 Außer der konstruktiven Begründung: Da der Erwerber Z Eigentum erworben hat, erwirbt jeder von ihm als einem Berechtigten, so daß es auf den guten Glauben der Weitererwerber nicht ankommen kann.

615 Vgl. die genaue Begriffsbestimmung unten auf S. 136.

Aus dem Normzweck der Schutzvorschriften (Interessenlage) läßt sich für den „Rückerwerbs"fall folgendes entnehmen:

Hat N beim Rückerwerb wirtschaftlich und interessemäßig die Stellung eines Dritterwerbers, so kann seine frühere Nichtberechtigung keinen Einfluß auf seinen Erwerb haben. Diese Stellung hat N dann, wenn er auf Grund eines „Außenverkehrsgeschäfts" zurückerwirbt, indem er als Glied der Verkehrsgemeinschaft bei einem neuen Güterumsatz auftritt: Er erwirbt wie ein Dritter. Der Normzweck der Schutzvorschriften ist demnach gegeben, so daß die „Verkehrsinteressen" geschützt werden müssen. Das interessemäßig zu fordernde Ergebnis ist also dahin zu formulieren, daß beim Rückerwerb auf Grund eines „Außenverkehrsgeschäfts" N ebenso wie ein Dritter stehen soll[616].

Erfolgt der Rückerwerb dagegen auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts", so stellt sich nach[617] Rückerwerb heraus, daß eine im Verkehrsinteresse zu schützende Vermögensverschiebung nicht vorliegt. Es handelt sich lediglich um die Rückgängigmachung eines im Ergebnis erfolglosen Güterumsatzes (eines versuchten Güterumsatzes), nicht dagegen um die Herbeiführung eines neuen wirtschaftlichen Erfolges. Das interessemäßig zu billigende Ergebnis ist hier: Eine Anwendung der Schutzvorschriften auf diesen Tatbestand[618] ist mangels eines

---

[616] D. h.: Ist Z nichtberechtigt (Tatbestand der Gruppe 1), dann hängt der Erwerb des N von seinem guten Glauben ab (§§ 932 usw.). Ist Z berechtigt, dann erwirbt N ohne Rücksicht auf seine Redlichkeit vollwirksam.

[617] Genauer: Im Zeitpunkt des Vorliegens des Rückerwerbstatbestandes.

[618] Als „Tatbestand" ist hier der „Rückerwerbstatbestand" gemeint. Es ist für die analytische Betrachtung wohl zu beachten: Ob „Innen"- oder „Außenverkehrsgeschäft" läßt sich nur aus Zwischen- und Rückerwerbsgeschäft beantworten, und zwar erst im Zeitpunkt des Rückerwerbs. Wenn dann von einer Unanwendbarkeit der Schutzvorschriften beim „Innenverkehrsgeschäft" gesprochen wird, so bedeutet das: Unanwendbarkeit auf das Zwischenerwerbsgeschäft, so daß (rückwirkend) Z kein Eigentum erlangt; weiterhin Unanwendbarkeit auf das Rückerwerbsgeschäft, so daß N selbst bei gutem Glauben (er erwirbt ja vom nicht berechtigten Z) nicht wirksam erwerben kann. Von einer Unanwendbarkeit auf den „Rückerwerbstatbestand" zu sprechen (Zwischen- und Rückerwerbsgeschäft) ist gegenstandslos, da dieser als solcher kein „gesetzlicher" Tatbestand ist.

echten „Verkehrsgeschäfts“ abzulehnen. Hierbei müssen jedoch die Interessen des Z beachtet werden: Keinesfalls kann sein Zwischenerwerb[619] schlechthin verneint werden.

Im Fall des „böswilligen“ Erwerbs[620] bei Rückerwerb auf Grund eines „Außenverkehrsgeschäfts“ ist der oben aufgezeigte Normzweck der Schutzbestimmungen allerdings gegeben: Ein „Verkehrsgeschäft“ liegt vor, da es nur nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist. Also notwendig und andererseits genügend ist es, wenn es objektiv ein wirtschaftlich neuer Erfolg ist, nicht ist erforderlich, daß die eine oder andere Partei einen wirtschaftlich neuen Erfolg bezweckt (subjektiv). Trotzdem erscheint gerade in diesem Fall ein Rechtserwerb des N zweckwidrig. Eine Interessenbewertung ergibt, daß von dem Grundsatz: Bei Rückerwerb auf Grund eines „Außenverkehrsgeschäfts“ soll N wie ein Dritter stehen, im Fall des „böswilligen“ Erwerbs eine Ausnahme zu machen ist[621].

II.

Eine vorläufige Gliederung (Systematik) möglicher Fälle fußt auf der unterschiedlichen Interessenlage und führt zu einer Dreiteilung:

1. N erwirbt von Z als einem Nicht berechtigten zurück.
2. N erwirbt von Z als einem Berechtigten zurück.
3. N erwirbt „böswillig“, d. h. nach vorbedachtem Plan zurück.

Wie schon aus den bisherigen Ausführungen deutlich sein dürfte, sind Gruppe 1 und 2 Unterteilungen des Rückerwerbs auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts“[622]. Gruppe 3 zeigt

---

619 Soweit in seiner Person die Erfordernisse, insbesondere Redlichkeit gegeben sind. Gemeint ist ein Rechtserwerb im Zeitpunkt des Zwischenerwerbsgeschäfts. Ob sein Erwerb rückwirkend später wegfällt, ist eine andere Frage.

620 Soweit er nicht auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts“ erfolgt. Denn sonst unterfällt er ja schon dem dort aus der Interessenlage zu fordernden Ergebnis.

621 Dagegen ist bei bloßem Bewußtsein des N (ebenso wie bei grober Fahrlässigkeit) von seinem Nichtrecht sein Erwerb ebenso gerechtfertigt wie der eines Dritten. Dem Zweck des Gesetzes widerspricht nur der „beabsichtigte“ („böswillige“) Rückerwerb.

622 Da nur dann die Interessenbewertung eine Ausschließung der Schutzvorschriften fordert.

nur dann einen andersgearteten Tatbestand[623] und damit vielleicht eine neue Problemlage, wenn der Rückerwerb auf Grund eines „Außenverkehrsgeschäfts" erfolgt. Selbstverständlich ist ein „böswilliger" Erwerb auch durch ein „Innenverkehrsgeschäft" möglich: Insoweit werden diese Fälle aber schon durch Gruppe 1 und 2 erfaßt, die hinzutretende „Böswilligkeit" kann das erzielte Ergebnis nicht verändern. Demgemäß soll hier unter Gruppe 3 nur ein „böswilliger" Erwerb durch ein „Außenverkehrsgeschäft" verstanden werden.

III.

Wie gesehen, ergibt sich bei einem Erwerb auf Grund eines „Innen"- oder „Außenverkehrsgeschäfts" eine verschiedene Interessenlage. Es erscheint so, besonders im Hinblick auf die verschiedenen Rechtswirkungen, erforderlich, den Begriff des „Außen"- und „Innenverkehrsgeschäfts" außer interessenmäßig dogmatisch und systematisch näher zu umgrenzen. Der Begriff soll aus einer Unterscheidung der beiden Arten gewonnen werden.

1.

Bei der Unterscheidung der Rechtsgeschäfte in „Innen"- und „Außenverkehrsgeschäfte" findet sich immer wieder der Hinweis auf die im Bereich des § 892 in Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelte Lehre, die die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf „Verkehrsgeschäfte" beschränkt. Um das Wesentliche dieser Ansicht herauszustellen, ohne auf Einzelheiten einzugehen, sei nur darauf hingewiesen, daß ein „Verkehrsgeschäft" verneint wird, wenn Personengleichheit vorliegt, Veräußerer und Erwerber also mehr oder minder identisch sind[624].

Daß der gleiche Tatbestand hier nicht vorliegt, ist deutlich: Unbestreitbar sind bei den (beiden) Übereignungsgeschäften zwei verschiedene Personen beteiligt, der N und der Z. Eine unmittelbare Übertragung der von der oben erwähnten Lehre behaupteten Rechtsfolgen ist wegen der Ungleichheit des Tatbestandes demnach nicht möglich. Lediglich in methodischer Hinsicht läßt sich diese Lehre verwerten: Die Möglich-

---

[623] Im Vergleich zu Gruppe 1 und 2.

[624] Vgl. dazu insbes.: Fritsch, a.a.O.; Heinsheimer, a.a.O.; Wolff, SR. § 45 I 4; vgl. auch S. 41 dieser Arbeit.

keit einer zweckentsprechenden Einschränkung der Schutzvorschriften wird grundsätzlich anerkannt.

Noch ein weiterer Unterschied tritt zutage: Bei den im Bereich des § 892 erörterten Fällen handelt es sich lediglich um ein Rechtsgeschäft (Übereignung), das zu beurteilen ist. Der hier vorliegende „Rückerwerbs"tatbestand[625] enthält dagegen zwei Rechtsgeschäfte (Übereignungen): Das Zwischenerwerbsgeschäft und das Rückerwerbsgeschäft. Man könnte von einem „zweiaktigen" Tatbestand sprechen. Zusammengehalten werden sie als der — nicht gesetzliche — „Rückerwerbs"tatbestand, der vorläufig nur als wirtschaftliche Einheit zu erkennen ist.

Hiernach dürfte schon offenbar sein: Die Eigenschaft eines „Innenverkehrsgeschäfts" kann hier nicht in einer Personengleichheit auf der Veräußerer- und Erwerberseite begründet sein, sondern nur in einem Zusammenhang der beiden Übereignungen, die sich auf den gleichen Gegenstand beziehen und deren Parteien die gleichen sind (nur mit jeweils umgekehrten Rollen)[626].

2.

Untersucht man den „Rückerwerbs"tatbestand auf Kriterien hin, die den Zusammenhang begründen, so muß zunächst über eines Klarheit bestehen: Eine unmittelbare rechtliche Beziehung der beiden Übereignungen selbst (ohne Rücksicht auf die Rechtsgrundgeschäfte) kann nicht bestehen. Es ist „Innen"- wie „Außenverkehrsgeschäft" gemeinsam, daß zwei selbständige Übereignungen stattfinden, die in ihrem Tatbestand unabhängig voneinander sind (ob in ihren Wirkungen, soll erst untersucht werden). Dies hat seinen tieferen Grund in der Abstraktheit dieser Rechtsgeschäfte. So ist es kein besonderes Kennzeichen eines „Außenverkehrsgeschäfts", daß eine selbständige zweite Übereignung einer ersten Übereignung nachfolgt: Dies ist ebenso bei „Innenverkehrsgeschäften" der Fall.

---

625 „Tatbestand" ist hier nicht im Sinne eines gesetzlichen Tatbestandes gebraucht. Sondern unter „Rückerwerbstatbestand" wird das Zwischen- und Rückerwerbsgeschäft (also zwei gesetzliche Tatbestände) verstanden. Vgl. Anm. 618, S. 130.

626 Es ist eben noch nicht jedes zwischen zwei Personen abgeschlossene Rechtsgeschäft ein „Verkehrsgeschäft".

3.

Ein Zusammenhang kann nur vermittels der Rechtsgrundgeschäfte (causae) gegeben sein, die den Übereignungen zugrunde liegen. Nur durch sie können die Zwecke (Gründe) abstrakter Leistungen erkannt werden.

Aber nicht das der ersten Übereignung (Zwischenerwerbsgeschäft) möglicherweise zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist von Belang, wenigstens nicht allein. Die erste Übereignung kann mit oder — und das wird hier meistens der Fall sein — ohne Rechtsgrund erfolgen. Zum mindesten im letzteren Fall kann eine der ersten Übereignung zugrunde liegende causa kein Kriterium sein, weil gar keine solche gegeben ist. Daß dieses Kausalgeschäft allein kein Kriterium sein kann, erhellt auch daraus, daß nach dem ersten Rechts„akt" (Zwischenerwerbsgeschäft), aber vor dem zweiten (Rückerwerbsgeschäft) noch gar nicht feststeht, ob überhaupt ein Rückerwerb und damit, ob ein „Innen"- oder ein „Außenverkehrsgeschäft" stattfindet.

Wichtig ist lediglich das der zweiten Übereignung (Rückübereignung) zugrunde liegende Kausalgeschäft. Dessen Beziehung zur ersten Übereignung beantwortet die Frage nach der Charakterisierung des Gesamttatbestandes („Rückerwerbs"). Daß die Beziehung des zweiten Rechtsgrundgeschäfts zur ersten Übereignung das entscheidende Kriterium ist, und nicht zum ersten Rechtsgrundgeschäft, ist wieder zum mindesten in den Fällen deutlich, in denen die erste Übereignung rechtsgrundlos erfolgte: Hier fehlt überhaupt ein „erstes Kausalgeschäft", ein typisches Merkmal kann es — wenigstens in diesen Fällen — also auch nicht darstellen.

Wie die Beziehung des zweiten Rechtsgrundgeschäfts zur ersten Übereignung gestaltet sein muß, um den Gesamttatbestand („Rückerwerbs"tatbestand) als „Innen"- oder als „Außenverkehrsgeschäft" erscheinen zu lassen, ist letztlich die entscheidende Fragestellung. Klar ist, daß ein Zusammenhang bestehen muß. Viel dürfte damit nicht gewonnen sein, nur ein Negatives: Bei Zusammenhanglosigkeit kann kein „Innenverkehrsgeschäft" vorliegen, es muß sich also um ein „Außenverkehrsgeschäft" handeln. Im einzelnen könnte aber insbesondere die Art (qualitativ) und u. U. auch das Maß (quantitativ) des Zusammenhangs fragwürdig erscheinen. Eines dürfte wieder — ohne damit allzu viel gewonnen zu haben —

sofort klar sein: Es muß ein rechtlicher Zusammenhang bestehen. Dies deshalb, weil der Zweck dieser Untersuchung ist, den wirtschaftlich und interessenmäßig klar zutage tretenden Unterschied durch rechtliche (dogmatisch) Kriterien begrifflich abzugrenzen. Die interessenmäßige Betrachtung zeigt das Ziel der Begriffsbildung (Ergebnis, Zweck), die rechtliche Erfassung weist den Weg zur Abgrenzung (Konstruktion).

Man könnte nun formulieren: Ein „Innenverkehrsgeschäft" liegt dann vor, wenn der Rechtsgrund (causa) der zweiten Übereignung (Rückübereignung) durch die erste Übereignung ausgelöst, zur Entstehung gebracht ist. Diese Begriffsbestimmung umfaßt zwar die hauptsächlichsten Fälle: Der Rechtsgrund der zweiten Übereignung (Rückübereignung) ist ein Bereicherungsanspruch oder ein Rückgewährsanspruch aus Rücktritt oder Wandlung; denn dieser Rechtsgrund ist unmittelbar durch die erste Übereignung entstanden. Aber schwerlich z. B. den Fall der Treuhand: Der Rechtsgrund der Rückübereignung ist der aus dem fiduziarischen (obligatorischen) Vertrag entstandene Rückforderungsanspruch[627]. Daß zu dessen Durchsetzbarkeit die erste Übereignung erforderlich war[628], kann kein Kriterium sein: Auch im Fall eines gänzlich neuen, unabhängigen zweiten Kausalgeschäfts („Außenverkehrsgeschäft") ist dessen Durchsetzbarkeit von der ersten Übereignung abhängig, da ohne die erste Übereignung die Erfüllung der Verpflichtung zur Rückübereignung undurchsetzbar wäre. Vielmehr liegt hier die Zusammenfassung darin, daß die erste und zweite Übereignung auf Grund desselben Kausalgeschäfts erfolgen, oder um an die erste Formulierung anzuknüpfen, daß die zweite causa (auch) die causa der ersten Übereignung ist.

4.

Als „Innenverkehrsgeschäft" dürfte demnach jede der beiden Übereignungen[629] eines solchen „Rückerwerbs"tat-

---

627 Der im einzelnen die verschiedensten Voraussetzungen haben kann.

628 Man würde es also genügen lassen, wenn der Rechtsgrund der zweiten Übereignung seine Durchsetzbarkeit durch die erste Übereignung erhalten hätte.

629 Der Charakter eines „Innen-" oder „Außenverkehrsgeschäfts" ergibt sich also aus dem „Rückerwerbs"tatbestand (Zwischen- und Rückerwerbstatbestand, also zwei gesetzliche Tatbestände).

bestandes zu bezeichnen sein, bei dem die beiden Übereignungen rechtlich zusammengehalten werden. Der Zusammenhang kann darin begründet sein, daß der Rechtsgrund (causa) der zweiten Übereignung (Rückübereignung) durch die erste Übereignung zur Entstehung gebracht worden ist, oder daß das Rechtsgrundgeschäft der zweiten das gleiche (einheitliche) ist wie das der ersten Übereignung[630].

Demgegenüber ist ein „Außenverkehrsgeschäft" dadurch gekennzeichnet, daß die beiden Übereignungen nicht durch ein Rechtsgrundgeschäft irgendwie verbunden werden, sondern auf Grund von zwei selbständigen, rechtlich nicht zusammenhängenden Kausalgeschäften erfolgen[631].

B. Der Lösungsvorschlag bei Rückerwerb auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts".

Vorbemerkung.

Es muß auffallen, daß die meisten Arbeiten, auch soweit sie einen Rückerwerb des A verneinen, die Schutzvorschriften beim Rückerwerb vom nicht berechtigten Z (Tatbestand 1) nicht anwenden: Man spricht von der „bloßen Rückübertragungsnatur" des Rückerwerbsgeschäfts und erwähnt immer wieder die Notwendigkeit eines „Verkehrsgeschäfts" unter Hinweis auf die im Bereich des § 892[632] entwickelte Lehre. Eine genaue konstruktive Erklärung des befürworteten Ergebnisses ist jedoch zu vermissen; als was sich der Ausschluß der Schutzvorschriften systematisch darstellt, wird nicht erwähnt! Allenfalls spricht man davon, daß auch — ebenso wie bei den unter § 892 behandelten Fällen — in den Rückerwerbsfällen die Schutzvorschriften „mit Rücksicht auf einen außerhalb des Übereignungstat-

---

630 Es ist zu behaupten: Entweder sind Zwischen- und Rückerwerbsgeschäft (also der gesamte „Rückerwerbs"tatbestand) „Innenverkehrsgeschäfte" oder keines von beiden. Hieraus ist auch zu ersehen, daß vor Rückerwerb das Zwischenerwerbsgeschäft niemals als „Innenverkehrsgeschäft" bezeichnet werden kann. Vgl. die Ausführungen bei der Sicherungsfiducia.

631 Methodisch müßte eine Untersuchung demnach von der Prüfung der Innenverkehrseigenschaft ausgehen. Bei dessen Verneinung ergibt sich, daß ein Außenverkehrsgeschäft vorliegt.

632 Vgl. hierzu S. 132.

bestandes liegenden Umstand“[633] nicht anwendbar seien. Als diesen „Umstand“ im vorbezeichneten Sinn erwähnt man dann die „bloße Rückübertragungsnatur“.

Eine gleiche Begründung beim Rückerwerb vom berechtigten Z (Tatbestand 2) wird dagegen nicht erwähnt. Soweit man einen Rückerwerb des N bejaht, erörtert man in keiner Weise die Notwendigkeit und die Existenz eines „Verkehrsgeschäfts“[634]. Soweit man für einen Rückerwerb des A eintritt, zieht man andere, zumeist weit abliegende Begründungen heran[635]. Offenbar sieht man eine erhöhte Schwierigkeit hier[636] darin, daß Z wirksam erworben hat: Eine Ausschaltung der Schutzvorschriften beim Rückerwerbsgeschäft erscheint gegenstandslos, da es auf sie beim Erwerb vom Berechtigten nicht ankommt.

Der „böswillige Erwerb“[637] wird zumeist als gesonderter Fall behandelt[638] — einige Untersuchungen befassen sich nur mit ihm[639] —, allerdings ohne Ausscheidung der in Gruppe 1 und 2 enthaltenen Fälle. Das einen Rückerwerb ablehnende Schrifttum bejaht zum Teil auch im Fall des „böswilligen Erwerbs“ einen Rechtserwerb des N[640], die gegenteilige Auffassung versucht insbesondere hier durch analoge Anwendung verschiedenster Vorschriften einen Rechtserwerb des N zu verhindern. Der „böswillige“ Erwerb interessiert hier nur insoweit, als er auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts“ erfolgt.

---

633 Stoevesandt, a.a.O., S. 50, 51.

634 So das einen Rückerwerb des A ablehnende Schrifttum.

635 So das einen Rückerwerb des A bejahende Schrifttum.

636 Im Gegensatz zum Tatbestand der Gruppe 1!

637 Dieser Tatbestand wird hier deshalb erwähnt, weil im Schrifttum hierunter häufig auch die Fälle des Rückerwerbs auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts“ gezählt werden.

638 Vgl. z. B. Stoevesandt, a.a.O., S. 66 ff.

639 Oberländer, a.a.O.; Fenwarth, a.a.O.

640 Vgl. Meves, a.a.O., S. 4 ff.; Stoevesandt, a.a.O., S. 68; Eltze, a.a.O., S. 34, bejaht hier im Gegensatz zu Tatbestand 1 und 2 einen Rückerwerb. Hälbig, a.a.O., bejaht einen Rückerwerb des A beim Tatbestand 1 und 3, beim Tatbestand 2 läßt er dagegen N erwerben.

I. Die Methode.

1.

Der vom nicht berechtigten Z rückerwerbende N scheint bei gutem Glauben Eigentum zu erwerben. Der „Rückerwerb" ist eine „Veräußerung im Sinne des § 929" (vgl. § 932): Neben einer wirksamen Übereignung (Einigung und Übergabe) ist beim Erwerb vom Nichtberechtigten der gute Glaube des Erwerbers erforderlich und genügend. Die Gestaltung zugrunde liegender Kausalgeschäfte kann diese eintretenden Rechtsfolgen nicht beeinträchtigen. Das Rückerwerbsgeschäft zwischen gutgläubigem N und Z wird also durch den Tatbestand der §§ 932 ff./929 erfaßt. Die daran geknüpften Rechtswirkungen kommen anscheinend dem rückerwerbenden N zu.

Sofern N vom berechtigten Z zurückerwirbt, scheint sein Eigentumserwerb noch weniger zweifelhaft: Auf seinen guten Glauben kann es anscheinend nicht ankommen, da er vom Berechtigten erwirbt (§§ 929 ff.).

2.

Auf der anderen Seite sind die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen interessewidrig, wie oben gezeigt wurde, ja, sie widersprechen dem durch die Schutzvorschriften verfolgten Zweck. Über beides dürfte Übereinstimmung bestehen. Dies zeigt sich auch in den Äußerungen des einen Rückerwerb ablehnenden Schrifttums[461].

Daß Tatbestand und Rechtswirkungen sich hier grundsätzlich aus den §§ 932 ff. ergeben, dies andererseits mit Interessenforderung und Billigkeit im schroffen Widerspruch steht, ist nicht problematisch. Problematisch ist nur die Lösung dieses „Konflikts": Einmal das „Ob" und bei dessen Bejahung das „Wie" sind zweifelhaft. Zwei Fragen tauchen auf: Kann dieser Gegensatz überhaupt de lege lata gelöst werden? Wenn ja: Auf welchem Wege (Methode)?

3.

Es handelt sich um eine Korrektur des Gesetzes, die entscheidende Frage ist ein Problem der „Berichtigung". Um gleich auf die beiden möglichen Arten hinzuweisen: Die Korrek-

---

[641] Vgl. Anm. 610, S. 128.

tur ist durch eine Verbesserung des Ausdrucks („Auslegung") oder des Gedankens („Restriktion") des Gesetzes d e n k b a r.

a)

Bei der vorliegenden Problemlage eine zweckentsprechende „Berichtigung" durch Auslegung zu gewinnen, erscheint nicht möglich. Unter „A u s l e g u n g" wird dabei die Klarstellung des Sinnes einer Rechtsvorschrift[642] im Rahmen[643] des Wortlauts verstanden. Ihre Grenze ist dort, wo die Rechts f i n d u n g beginnt[644]. Zweifel über die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens dürften nicht bestehen[645]: Die Berichtigung der „provisorischen Gebotsbilder"[646] Wortsinn[647], Textsinn[648] und äußerer Gesetzessinn[649] stellt sich noch als Gebotssubsumtion dar[650].

Zur Erzielung eines zweckentsprechenden Ergebnisses kommt hier nur eine e i n e n g e n d e[651] „Auslegung" der Schutzvorschriften[652] (z. B. der §§ 932 ff.) in Betracht. Eine solche Möglichkeit muß jedoch verneint werden.

---

642 E.-Nipperdey, § 48; Lehmann, Allg. Teil, § 8 II 1, S. 53.

643 Im R a h m e n des Wortlauts! Das soll nicht heißen, daß maßgebend der W o r t sinn ist (Prinzip der Wortinterpretation!). Vgl. Lehmann, Allg. Teil, § 8 II 1, S. 57.

644 Vgl. E.-Nipperdey, § 53; Lehmann, Allg. Teil, § 8 III, S. 57.

645 Wenn auch die Methode im einzelnen sehr streitig ist, vgl. Heck, Gesetzesauslegung; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz; vgl. dagegen Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft; vgl. auch Heck, Problem der Rechtsgewinnung; vgl. im übrigen E.-Nipperdey, § 51.

646 Heck, Gesetzesauslegung, S. 92, 200.

647 Das „Bild" ist entstanden durch Anwendung der grammatischen und sprachlichen Regeln (Wortlaut), wobei insbesondere die technisch-juristische Redeweise berücksichtigt werden muß. Vgl. E.-Nipperdey, § 51 I.

648 Dieser ist gewonnen durch Beachtung des systematischen Zusammenhangs mit anderen Sätzen. Vgl. E.-Nipperdey, § 51 II 1.

649 Hier ist auch die historische Entwicklung und Entstehungsgeschichte (insbesondere die Gesetzesmaterialien) berücksichtigt, E.-Nipperdey, § 51 II, 2 und 3.

650 Heck, Gesetzesauslegung, S. 200.

651 Über die „einengende Auslegung" im Gegensatz zur Restriktion: Vgl. unten S. 141.

652 Es handelt sich um die Auslegung eines T a t b e s t a n d s begriffs, nicht eines R e c h t s f o l g e n begriffs. Zur Erörterung steht, ob man den „Lebenstatbestand" des Rückerwerbs („Rückerwerbstatbestand"), der z. B. durch den Tatbestand des § 932 gedeckt wird, wegen der sich

Der „Wortsinn“ ist eindeutig, eine „Auslegung“ kann eine Berichtigung nicht ergeben: § 932 spricht von einer „Veräußerung im Sinne des § 929“, § 892 von einem Erwerb „durch Rechtsgeschäft“, § 405 davon, daß die Forderung „abgetreten“ wird, usw.. Auch der „Textsinn“ führt zu keinem anderen Ergebnis: Aus dem inneren Zusammenhang[653] der Vorschriften oder aus ihrer Stellung im Gesetz[654] ist nur zu entnehmen, daß ein Erwerb vom Nichtberechtigten ermöglicht wird. Ebensowenig zeigt schließlich der „äußere Gesetzessinn“ eine zweckentsprechende Lösung: Eine historische Entwicklung ist nicht zu verfolgen[655], entstehungsgeschichtlich findet sich kein Anhaltspunkt, den „Rückerwerbs“fall hat man nicht beachtet. Aber selbst bei der Feststellung, daß historisch und entstehungsgeschichtlich der Rückerwerbsfall nicht durch den Tatbestand der Schutzvorschriften erfaßt werden sollte, könnte eine Auslegung keineswegs im „Rahmen“ des Wortlauts erfolgen.

b)

Ein zweckentsprechendes Ergebnis läßt sich vielmehr nur durch Rechtsfindung in der Form der „Restriktion“, durch eine Gebotsberichtigung erzielen. Eine Korrektur des Ausdrucks genügt nicht, erforderlich ist eine Korrektur des Gedankens[656].

aa)

aaa)

Es läßt sich die Auffassung vertreten, daß Recht sei lückenlos[657]. Dies auch vom Gesetz und gewohnheitsgeformten Recht zu behaupten, dürfte eine Verkennung der Tatsächlichkeit

---

ergebenden Rechtsfolgen nicht diesem Tatbestand (§ 932) entziehen kann. Hauptsächlich dürfte der auszulegende Tatbestandsbegriff in § 932 „Veräußerung im Sinne des § 929“, bei § 892 Erwerb „durch Rechtsgeschäft“, bei § 405 „Abtretung“, usw. sein.

653 Systematik innerhalb der Rechtsordnung.

654 Gesetzestechnische Systematik.

655 Vgl. Wallenstein, a.a.O., S. 14 ff.

656 E.-Nipperdey, § 54 II: „In Wahrheit handelt es sich auch hier wie bei der Analogie um eine Verbesserung des Gedankens, nicht nur des Ausdrucks.“

657, 658 Vgl. E.-Nipperdey, § 53 I.

sein[658]. Es ist davon auszugehen, daß „Lücken" bestehen[659]. Dies wird auch herrschend anerkannt [660].

Mit Zitelmann[661] kann man die Lücken in „echte" und „unechte" einteilen, indem man es darauf abstellt, ob die Fragwürdigkeit der Subsumtion auf der Nichtexistenz eines Tatbestandes oder auf der Unzulänglichkeit eines gegebenen Tatbestandes beruht[662]. Im ersten Fall besteht die Methode der Rechtsfindung in einer Ausfüllung der Lücken („echten"), im zweiten zunächst in der Schaffung einer „Lücke" durch Einschränkung der Gebotsvorstellung, die dann u. U. (nach der gleichen Methode wie im ersten Fall) auszufüllen ist[663].

Die vorliegende Problemlage zeigt eine „unechte" Lücke: Der „Lebenstatbestand"[664] (Rückerwerbstatbestand) wird vom gesetzlichen Tatbestand[665] der Schutzvorschriften (z. B. § 932) umfaßt, wodurch eine zweckwidrige und unangemessene rechtliche Folge eintritt. Es handelt sich darum, ob das einen Sachverhalt („Lebenstatbestand") deckende Einzelgebot berichtigt werden kann.

bbb)

Es muß darauf hingewiesen werden, daß eine Gebotsberichtigung in diesem Sinne keine „einschränkende Auslegung" mehr ist. Zwar faßt man hierunter häufig nicht nur die einschränkende Auslegung (Berichtigung des Wortlauts)[636], sondern auch die Gebotsberichtigung (Einschränkung einer zu weit rei-

---

659 Die Feststellung der „Lücke" beruht auf der Prüfung der vorhandenen Gebote auf ihre Zulänglichkeit zum Schutz der anerkannten Gemeinschaftsinteressen. Heck, Gesetzesauslegung, S. 204.

660 Vgl. Heck, Gesetzesausl., S. 157, und das dort angeführte Schrifttum.

661 Zitelmann, Lücken im Recht.

662 Genetisch sind die beiden Lückengruppen insofern meist verbunden, als sie beide auf Anschauungslücken beruhen.

663 Dies ist keineswegs notwendig so! Es braucht — wie die folgende Untersuchung zeigen wird, ist dies z. B. hier der Fall! — durch die Restriktion keine „Tatbestandslosigkeit" geschaffen zu werden, vielmehr kann sich jetzt unmittelbar ein (passender) Tatbestand finden.

664 Vgl. Lehmann, Allg. Teil, § 8 III 5, S. 60.

665 „Tatbestand" als die gesamten Erfordernisse, an die die Rechtsordnung eine Rechtswirkung knüpft. E.-Nipperdey, § 127 I.

666 „Der Gesetzgeber hat richtig gedacht, aber unrichtig gesprochen", Heck, Gesetzesauslegung, S. 208.

chenden Tatbestandsvorstellung)[667]. So bezeichnet die Praxis, die eine solche (zweckgetreue) Gebotsberichtigung zuläßt, diese zumeist als einschränkende Auslegung. Jedenfalls ist daran festzuhalten, daß es sich logisch um zwei verschiedene Dinge handelt.

Dies zu betonen, ist im Interesse wissenschaftlicher und logischer Exaktheit und Klarheit erforderlich. Es wird dabei nicht verkannt, daß dieser Hinweis psychologsich vorliegendem Lösungsvorschlag hinderlich sein kann. Bejaht man doch ein Ergebnis viel eher, sofern es im Wege der „Auslegung" gefunden ist: Man glaubt sich noch innerhalb des „geltenden Rechts" zu befinden, während man bei der Restriktion als einer Form der Rechtsfindung das Empfinden hat, praeter legem zu stehen.

ccc)

Man kann mit Heck[668] zwei Fälle der „Gebotsberichtigung" unterscheiden: Die „Kernberichtigung" und die „Randberichtigung". Von ersterer spricht man dann, wenn die Berichtigung den „Kern" der Gebotsvorstellung trifft, wenn das Gebot in seiner Gesamtheit abgelehnt wird. Dagegen wird bei einer „Randberichtigung" das Gebot nicht in seinem ganzen Inhalt, sondern nur in Einzelfällen negiert.

Vorliegend handelt es sich um eine „Randberichtigung": Das Gebot wird nur für bestimmte Fälle für fehlerhaft angesehen. Die Unterscheidung wird bei der Frage der Zulässigkeit wichtig: Einmal erscheint die Möglichkeit einer Anschauungslücke (und eines daraus resultierenden Gebotsfehlers) bei peripheren Sachlagen viel größer, so daß die Annahme einer „unabsichtlichen" Lücke wahrscheinlich ist, und weiterhin ist ein etwaiges entgegenstehendes „Stabilitätsinteresse"[669] (Rechtssicherheit) nicht so stark.

bb)

Die Zulässigkeit der Restriktion ergibt sich aus der theoretischen und praktischen Anerkennung und aus einem Ver-

---

667 „Der Gesetzgeber hat sich richtig ausgedrückt, aber er hat nicht ganz richtig gedacht", Heck, Gesetzesauslegung, S. 208.

668 Heck, a.a.O., Gesetzesauslegung, S. 207.

669 Heck, Gesetzesauslegung, S. 180. Heck definiert a.a.O., Stabilität als das „Interesse an der Erhaltung der einmal zur Geltung gelangten Ordnung".

gleich mit dem Parallelfall der Analogie. Die Gebotsberichtigung (Restriktion) wird t a t sächlich von Praxis und Lehre anerkannt[670], wenn sie auch häufig als „einschränkende Auslegung" gekennzeichnet wird[671].

Dies ist mittelbar auch aus der allgemeinen Anerkennung der Gesetzesanalogie zu entnehmen: Denn häufig, wenn nicht zumeist, setzt die extensive Interpretation oder die Analogie eines Rechtssatzes die restriktive Auslegung eines Obersatzes oder einer „Alternativnorm" voraus[672]. Billigt man erstere, dann bejaht man damit die Möglichkeit der letzteren Methode.

Die Restriktion ist gleichsam das Gegenstück zur Analogie: Bei der Analogie erstreckt man eine bereits gegebene Regel auf einen nicht geregelten Tatbestand. Bei der Restriktion scheidet man eine gegebene Regel von einem geregelten Tatbestand aus[673]. Beides ist Rechtsfindung, man kann beides als ein „Weiterdenken"[674] des Gesetzeswillen bezeichnen. Ebenso wie die Analogie ist die Gebotsberichtigung zulässig[675].

---

670 Vgl. z. B.: RGZ. 68/317 (§ 67 I, IV HGB.) und dazu: Heck, Gesetzesauslegung, S. 209, der die dort vorgenommene Gebotseinschränkung für „fast an Kernberichtigung angrenzend" hält. Andere Beispiele: Beschränkung des Rücktrittsrechts nach § 326 auf Verzug mit der Hauptleistung (RGZ. 53/161; 57/106); Beschränkung des Einflusses von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittserklärungen zu juristischen Personen (RGZ. 54/126; 72/291; 95/375); Rückgewähr des Pachtinventars nicht nach dem Wortlaut des § 589 III, sondern nach § 242; Behandlung des Betriebsrisikos (Teilstreik!) nicht nach §§ 323, 615, sondern nach § 242 (RGZ. 106/272); vgl. weiteres bei E.-Nipperdey, § 54, Anm. 5; Lehmann, Allg. Teil, § 8 III 5, S. 61; vgl. auch Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 135; 142; Esmein, Rechtsvgl. HWB. II, S. 71; Heck, Gesetzesauslegung, S. 208; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, S. 111.

671 Hierauf weist Heck, Gesetzesauslegung, S. 208, hin; ebenso E.-Nipperdey, § 54 II, S. 160/161.

672 Vgl. Heck, Gesetzesauslegung, S. 211, der davon spricht, daß die beiden „Operationen bedingend zusammentreffen".

673 Lehmann, Allg. Teil, § 8 III 5, S. 60, bezeichnet die Restriktion als die sinngemäße Berichtigung des gesetzgeberischen Willens „nach der besonderen Fallgestaltung, die bei Erlaß der Vorschrift für den Regelfall nicht erwogen worden ist".

674 So Lehmann, Allg. Teil, § 8 III 3, S. 59, hinsichtlich der Analogie.

675 Es ist nicht nur zulässig (und erforderlich), legislative Unterlassungen zu berichtigen, sondern auch legislative Gebotsfehler. Vgl. Heck, Gesetzesauslegung, S. 204.

4.

Ist so die konstruktive und dogmatische Möglichkeit des zu Beginn interessenmäßig geforderten Ergebnisses gezeigt worden, so bleibt noch der methodisch letzte Schritt übrig: Die konkrete Zulässigkeit[676] ergibt sich erst aus einer gesamten Interessenbewertung. Gedacht wird hierbei insbesondere an das „Interessiertsein" an der generellen Rechtssicherheit: An die „Stabilitätsinteressen"[677]. „Stabilitätsinteressen" und „Fortbildungsinteressen" sind gegeneinander abzuwägen. Die hierdurch gegebene Schranke der Rechtsfindung ist unbedingt erforderlich, um der „Triebsandgefahr"[678] zu entgehen. Sie wird auch dort anerkannt, wo man hinsichtlich der Methode eine freiere Stellung einnimmt[679].

Einen wichtigen Anhaltspunkt bietet die „historische Gesetzesauslegung". Aus ihr ist zu erkennen, ob das „interessenwidrige Ergebnis" einer Anschauungslücke oder dem legislativen Bestreben entspringt, durch „Surrogatmerkmale" die Stabilität zu sichern.

Daraus folgt für die vorliegende Frage: Bei der vorgeschlagenen Lösung wird die Rechtssicherheit[680] nicht erschüttert. Denn Voraussehbarkeit und Bestimmtheit der Rechtsentscheidung werden nicht vereitelt. Ja, der Laie wird wohl kaum eine Entscheidung, die den „Rückerwerb" des N feststellt, „erwarten"[681]. Von einem „Surrogatmerkmal"[682] kann keine Rede sein, es han-

---

676 Die weder mit der konstruktiven und systematischen Möglichkeit, noch mit der interessenmäßigen Forderung allein gegeben ist.

677 Heck, Gesetzesauslegung, S. 180 ff.

678 Vgl. Heck, Gesetzesauslegung, S. 184.

679 „Interessenjurisprudenz"; es sei auf die Schriften Hecks verwiesen, dort finden sich weitere Literaturangaben. Vgl. Heck, Gesetzesauslegung; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz.

680 „Rechtssicherheit" wird hier nicht in dem auch möglichen Sinne als Gegensatz zu „Verkehrssicherheit" gebraucht: Die Vorschriften bezwecken den Schutz des Verkehrs zuungunsten der „Rechtssicherheit"! Wir finden hier also eine legislative Zurückstellung der „Stabilitätsinteressen".

681 In dieser Hinsicht hat auch das einen Rückerwerb des A bejahende Schrifttum kein Hindernis gesehen, ohne allerdings ausdrücklich darauf hinzuweisen.

682 So stehen „Stabilitätsinteressen" entgegen, wenn es sich um „starre" Normen handelt, bei denen die Interessen gleich stark sind oder bei denen „verschieden zu wertende Interessenlagen durch allmähliche,

delt sich um eine Anschauungslücke, um eine ‚unabsichtliche" Lücke.

Das Ergebnis ist also dahin zusammenzufassen, daß sich die nach der Interessenlage erwünschte Rechtswirkung konstruktiv (systematisch) aus einer Gebotsberichtigung[683] ergibt: Die Schutzvorschriften sind nur bei „Außenverkehrsgeschäften" anwendbar.

5.

Die methodische und systematische Fragwürdigkeit der anderen Vorschläge (Analogie zu § 166 II oder zu § 162) zeigt sich jetzt deutlich:

Man wendet in analoger Erstreckung eine bereits gegebene Regel auf einen Sachverhalt an, der wenigstens wortgemäß schon durch einen anderen gesetzlichen Tatbestand (mit andersartiger Regel) umfaßt wird — was im übrigen von niemand geleugnet wird! Zwei Stufen sind hier systematisch zu unterscheiden[684]:

1. Zunächst muß die Anwendung der §§ 932 ff. ausgeschlossen werden („Restriktion").
2. U. U. taucht dann die Frage auf, wie eine möglicherweise entstandene „Lücke" („unechte") auszufüllen ist, d. h., welchen gesetzlich geregelten Tatbestand man auf sie erstrecken soll.

Obige Untersuchungen befassen sich lediglich mit der zweiten Stufe. Zunächst erscheint das nicht sonderlich ungenau und folgenschwer: Schließt doch die Behauptung, eine Sachlage sei dem Tatbestand X in analoger Anwendung zu unterstellen, die Behauptung in sich, der an und für sich gegebene gesetzliche Tatbestand träfe nicht zu[685].

---

fließende oder gleitende Übergänge miteinander verbunden sind, so daß eine stets interessenmäßige Abwägung dem Richter schwierige, oft unlösbare Aufgaben stellen würde", Heck, Gesetzesauslegung, S. 183. So ist es unmöglich, daß der Richter im konkreten Fall die Geschäftsfähigkeit schon mit 18 Jahren bejaht statt mit 21, weil die wirkliche Reife das eigentlich „relevante Merkmal" ist: Das „Surrogat" ist zu beachten, eine andere Entscheidung würde die „Stabilitätsinteressen" in unerträglicher Weise verletzen.

683 Durch Restriktion des Tatbestandes.

684 Siehe S. 138 ff. Vgl. auch Heck, Gesetzesauslegung, S. 211.

685 Sofern überhaupt ein solcher Tatbestand vorliegt (sonst „echte" Lücke!).

Der methodische und systematische Fehler dürfte sich aber in folgendem zeigen: In der analogen Erstreckung der in §§ 162 oder 166 II enthaltenen Rechtsregel auf den Rückerwerbstatbestand liegt notwendig eine Restriktion der §§ 932 ff. usw.. Schließt man die Anwendung eines Gebotes aus — und das tun auch diese Ansichten, darüber kann wohl keine Meinungsverschiedenheit bestehen! —, so k a n n u. U. eine Lücke entstehen („unechte" Lücke), ja, in der Mehrzahl aller Fälle wird dies der Fall sein. Man vergleiche: Auf eine bei einem Mietvertrag vereinbarte, auf Dienstleistungen gerichtete Nebenverpflichtung finden die Mietvorschriften keine Anwendung, weil sie zu einem zweckwidrigen Ergebnis führen. Dadurch, daß man diesen Sachverhalt (Nebenverpflichtungen) dem gesetzlichen Tatbestand (Miete) entzieht („Restriktion"), ist er ohne Regelung — er unterfällt jetzt keinem gesetzlichen Tatbestand mehr! —, es bedarf einer methodisch neuen, zweiten Überlegung, unter welche Vorschriften man ihn stellen soll. U. U. wird man ihn dann analog den Vorschriften über Dienstvertrag behandeln[686], [687].

Hier entsteht aber keine „unechte" Lücke: Durch Ausschluß der ausnahmsweisen S c h u t z vorschriften unterfällt der Sachverhalt wieder der grundsätzlichen a l l g e m e i n e n gesetzlichen Regelung, so daß die Möglichkeit eines Erwerbs entfällt[688]. Auf diesen Sachverhalt, der jetzt nicht in eine Tatbestandslücke fällt, nochmals die Bestimmung des § 166 II oder § 162 anzuwenden, ist zum mindesten gänzlich gegenstandslos: Einer solchen Analogie bedarf es in keiner Weise mehr.

Eine Verwertung der in § 166 II und § 162 zweifellos zum Ausdruck gelangten allgemeinen Rechtsgedanken, auf die hier nicht

---

[686] Vgl. E.-Nipperdey, § 54 III; E.-Lehmann, § 100 B.

[687] Ausdehnende Auslegung oder Analogie eines gegebenen Rechtssatzes setzt vielfach (meist?) eine einschränkende Auslegung des Obersatzes oder der „Alternativnorm" voraus. Vgl. Heck, Gesetzesauslegung, S. 211.

[688] Man vergleiche auch die im Bereich des § 892 von Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelte Lehre: Durch die Unanwendbarkeit des § 892 (das Ergebnis ist durch „Restriktion" gewonnen, als einfache „Auslegung" dürfte es sich nicht mehr darstellen!) entsteht keine „Lücke", da jetzt die allgemeinen Vorschriften eingreifen, nach denen ein Erwerb vom Unberechtigten nicht möglich ist. Man kommt hier auch nicht auf den Gedanken, nach einer analog anzuwendenden Vorschrift zu suchen!

näher eingegangen werden kann[689], ist nur in der Weise möglich, daß man in der dort getroffenen Regelung und der zum Ausdruck gelangten Rechtsanschauung (Interessenbewertung) eine weitere S t ü t z e für die hier bejahte Restriktion sieht.

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß eine Analogie nur bei „Lücken" in Betracht kommt, nicht aber dort, wo sich eine gesetzliche Regelung findet. Dies ergibt sich aus ihrem Wesen als einer „ergänzenden" Rechtsfindung[690]. Allerdings ist es gleichgültig, ob die Lücke von vornherein bestand, oder ob sie erst durch Abweichung vom Gesetz geschaffen wird (Restriktion)[691]. Hieraus erhellt: Die „Verwertung" der in § 166 II und § 162 zum Ausdruck gelangten Rechtsgedanken auf die methodisch erste Stufe (Unanwendbarkeit der §§ 932 ff.) kann keinesfalls Analogie sein.

II. Das Ergebnis.

Im folgenden soll das grundsätzlich gefundene Ergebnis: Beim Rückerwerb des N auf Grund eines „I n n e n v e r k e h r geschäfts" finden die Schutzvorschriften keine Anwendung, im einzelnen angewendet werden. Auszugehen ist von der oben gegebenen Systematik der Tatbestände.

1.

Beim Rückerwerb vom n i c h t berechtigten Z (Tatbestand 1) erscheint die konstruktive Durchführung am einfachsten: Durch den „Erwerb" des Z hat A sein Recht nicht eingebüßt. Ein Rechtsverlust erfolgt ebensowenig durch den Rück„erwerb" des N. Denn die Schutzvorschriften sind nicht anwendbar (Restriktion): Es liegt ein „Innenverkehrsgeschäft" vor[692]. Die alte Rechtslage bleibt demnach b e s t e h e n. Besondere Schwierigkeiten dürften sich nicht ergeben. Wie schon betont, verneint ein

---

689 Vgl. insbesondere die Untersuchungen von Weber, a.a.O.; Hälbig, a.a.O.; Fenwarth, a.a.O.; Oberländer, a.a.O.; vgl. auch hinsichtlich des § 162 (allgemein): Schiedermair, a.a.O.

690 „Jede Rechtsfindung durch Analogie muß eine Lückenergänzung nach gesetzlichen Werturteilen sein", Heck, Gesetzesauslegung, S. 194.

691 Vgl. E.-Nipperdey, § 53 II, § 54 III. Vgl. auch § 54 I.

692 Auch das Zwischenerwerbsgeschäft ist ein „Innenverkehrsgeschäft", wie bei Rückerwerb feststeht. Für die Rechtswirkungen ist das hier aber unwesentlich, da Z beim Zwischenerwerb kein Recht erworben hat.

großer Teil der Lehre — selbst bei sonstiger Bejahung eines Rückerwerbs des N — gerade hier einen Rechtserwerb des N.

2.

Schwieriger gestaltet sich die konstruktive Durchführung dagegen beim Tatbestand 2: N erwirbt vom berechtigten Z zurück. Eine Ausschließung der Schutzvorschriften lediglich beim Rückerwerbsgeschäft[693] ist hier gänzlich gegenstandslos, da der Rückerwerb sich als Erwerb vom Berechtigten darstellt. Die Unanwendbarkeit der Schutzvorschriften muß sich hier auf den Gesamttatbestand („Rückerwerbs"tatbestand)[694] erstrecken.

Im Augenblick, in dem der Tatbestand des § 929[695] beim Rückerwerb vorliegt, in dem das Eigentum also „eigentlich" auf N übergeht, entfällt die Wirkung des § 932 (beim Zwischenerwerbsgeschäft). Wie schon gesehen[696], stellt sich in diesem Zeitpunkt heraus, daß im Gesamtergebnis kein „Außenverkehrsgeschäft" gegeben ist: Der Gesamttatbestand (Rückerwerbstatbestand: Zwischenerwerbs- und Rückerwerbsgeschäft) ist kein „Verkehrstatbestand", er zeigt, daß Zwischen- und Rückerwerbsgeschäft „Innenverkehrsgeschäfte" sind. Der durch Restriktion eingeengte Tatbestand des § 932 umfaßt also keine der beiden Übereignungen[697].

Konstruktiv bedeutet das: Der Eigentumserwerb des Z und damit der Eigentumsverlust des A fällt mit ex-tunc-Wirkung[698] weg. Hierdurch werden die Interessen des Z in keiner Weise verletzt: Solange Z die Sache noch hat, ist er voller Eigentümer[699]. Aus dem Wegfall mit rückwirkender Kraft er-

---

693 Wie beim Tatbestand 1.

694 Also auf Zwischen- und Rückerwerbsgeschäft.

695 Oder in dem Zeitpunkt, in dem die Erwerbstatbestände der übrigen Schutzvorschriften vorliegen.

696 Siehe S. 136 ff.

697 Wie sich aber erst bei Rückerwerb herausstellt! Zunächst erwirbt Z bei Redlichkeit also jedenfalls.

698 Dies deshalb, weil der Schutz der §§ 932 ff. „entfällt", d. h. rechtlich niemals eingetreten ist. Anders wäre es bei einer auflösend bedingten Übereignung: Das Eigentum fällt ex nunc zurück (§ 158 II).

699 Die Interessen des Z werden nicht mehr und nicht weniger beeinträchtigt durch den Ex-tunc-Wegfall als bei Anfechtung des dinglichen Rechtsgeschäfts (§ 142) und bei auflösend bedingter Übereignung

gibt sich die „Wieder"herstellung der früheren Rechtslage mit ihren gesamten Einzelheiten[700]. Zu beachten ist, daß es sich nur für die zeitliche Betrachtung um eine „W i e d e r" herstellung handelt, die rechtslogische Betrachtung weist ein „Gebliebensein" der früheren Rechtslage auf. Die Rechtsgrundgeschäfte (causae) werden durch die ex-tunc-Vernichtung nicht betroffen: Sie behalten ihre Wirksamkeit[701]. Zusammengefaßt zeigt sich die rechtliche Lage wie folgt: Ist der Tatbestand des Rückerwerbsgeschäfts gegeben, so steht fest, daß das Zwischenerwerbsgeschäft sich nicht als „Außenverkehrsgeschäft" charakterisiert. Als „Innenverkehrsgeschäft" unterfällt das Zwischenerwerbsgeschäft nicht dem durch Restriktion (Gebotsberichtigung) ermittelten (gesetzlichen) Tatbestand der §§ 932 ff.. Z wird selbst bei Redlichkeit nicht berechtigt (A bleibt also berechtigt). Das „Rückerwerbsgeschäft" ist ebensowenig ein „Außenverkehrsgeschäft", so daß der rückerwerbende N also auch nicht — selbst bei Redlichkeit — berechtigt werden kann (dies ist die gleiche Lage wie bei Tatbestand 1)[702].

(§ 158 II): Auch hier verliert der Erwerber (bei der Anfechtung auch ex tunc) sein Recht.

700 Also die gesamte dingliche Rechtslage, z. B. Pfandrechte, die nach § 936 erloschen sind, werden „wieder" wirksam.

701 Soweit sie nicht durch Rücktritt, Wandlung oder Anfechtung bereits vernichtet worden sind .

702 Wie ersichtlich, ist dieser Lösungsvorschlag mit der zweiten Konstruktion E w a l d s (auflösende Bedingung; nicht mit der ersten: die causa des Zwischenerwerbsgeschäfts als Bedingung seiner Wirksamkeit) im E r g e b n i s gleich: Die frühere Lage tritt wieder ein. Verschieden ist allerdings die konstruktive Erklärung (eine k o n s t r u k t i v e Erklärung ist auch die „Gebotsberichtigung!), die letztlich auf einer verschiedenen Methode beruht.

Es sei nochmals betont (worauf bei der Kritik E w a l d s nicht genügend hingewiesen werden kann!), daß Ewald keineswegs das E r g e b n i s konstruktiv findet. Sondern dessen Notwendigkeit ist Ausgangspunkt seiner Untersuchung. Er versucht vielmehr eine konstruktive Erklärung zu geben, indem er von dem feststehenden Ergebnis a u s g e h t: Die Veräußerung des N sei auflösend bedingt durch die Rückveräußerung an ihn.

Hinsichtlich der ersten Stufe seiner Untersuchung (interessenmäßiges Ergebnis) wird Ewald im Ergebnis und in der Methode zugestimmt: In bestimmten Fällen („Innenverkehrsgeschäften") ist, wie sich aus der Interessenlage ergibt, ein Rückerwerb des N zu verneinen. Was die zweite Stufe (k o n s t r u k t i v e E r k l ä r u n g) anbetrifft, so wird

Daß diese Wirkung nicht schon mit Wandlung oder mit Anfechtung des Kausalgeschäfts eintritt, ist aus mehreren Gründen deutlich: Dies würde einmal in unzulässiger Weise die lediglich obligatorische Wirkung des Rücktritts und der Wandlung und die Abstraktheit der Verfügungsgeschäfte beseitigen. Auch aus den §§ 929 ff. ist dies ersichtlich: Eine Eigentumsveränderung (hier Eigentumsverlust des Z) kann sich nur nach den §§ 929 ff. vollziehen, d. h. im Grundtatbestand durch Einigung und Übergabe[703]. Weiterhin ist das „Eigeninteresse" des Z zu

---

Ewald lediglich die Notwendigkeit einer konstruktiven Erklärung des befürworteten Ergebnisses zugegeben. Der Methode (Weg) Ewalds muß dagegen entschieden widersprochen werden. Die Gründe gegen Ewalds Konstruktion (die also die dogmatisch-konstruktive Bedenklichkeit seiner Erklärung — der Art — aufzeigen), sind bereits oben vorgebracht worden. Vgl. auch Wolff, SR. 69 III, Anm. 23, der Ewald im Ergebnis, nicht aber in der Konstruktion zustimmt.

Daß das Ergebnis auch durch eine auflösende Bedingung erzielt werden kann, ist unbestreitbar. Daß sie aber de lege lata so zu erklären ist (als einwandfreieste Erklärung), erscheint ausgeschlossen. Das Ergebnis selbst ist nur durch eine Interessenabwägung zu finden, die kontruktive Erklärung ist als „Gebotsberichtigung" darzustellen. Im übrigen liegt auch bei Ewald Restriktion vor, ohne daß er dies allerdings erwähnt. Daß Ewald von einer „echten" Lücke ausgeht — wenn auch ohne ausdrückliche Nennung —, wie Wallenstein, a.a.O., S. 24, annimmt, ist wohl nicht der Fall.

Man mag allenfalls sagen, die Wirkung dieser Gebotsberichtigung sei mit dem Vorliegen einer auflösenden Bedingung zu vergleichen. Hiermit ist dann aber noch keineswegs gesagt, daß eine solche vorliegt. Ja, sie ist überhaupt überflüssig, da die Wirkung ja schon so eingetreten ist. Es ist also letztlich eine Frage des besseren Weges (Methode), die vorliegenden Lösungsvorschlag von Ewald unterscheidet.

Daß vorliegender Lösungsvorschlag sich mit dem Ewalds berührt, erhellt auch aus folgendem: Versteht man unter „Rechtsbedingung" eine Bedingung der Wirksamkeit des Tatbestandes — vgl. E.-Nipperdey, § 181 II 2 —, also eine Tatbestandsvoraussetzung, so könnte man sagen, die Veräußerung des N sei auflösend rechtsbedingt durch die Rückveräußerung an ihn, sofern sie im Wege eines „Innenverkehrsgeschäfts" erfolgt. Zu beachten ist aber, daß diese „Rechtsbedingung" hier rückwirkende Kraft hat, wie sich aus obigen Ausführungen ergibt. Ewald scheint dagegen Ex-nunc-Wirkung anzunehmen (vgl. S. 294), indem er von der rechtsgeschäftlichen auflösenden Bedingung ausgeht (§ 158 II). Daß allgemein weder Rückwirkung noch Nichtrückwirkung bei einer „Rechtbedingung" behauptet werden darf: E.-Nipperdey, § 181 II 1; Enneccerus, Suspensivbedingung (1871), S. 125 ff.; Oertmann, Rechtsbedingung, S. 111; vgl. auch RGZ. 123/331.

[703] Diese müssen gegeben sein, damit überhaupt jemand erwerben kann

beachten, der dem N gegenüber zur Rückübereignung verpflichtet ist. Sein Interesse fällt erst mit Erfüllung dieser Verpflichtung weg. Schließlich — dies ist ja der Ausgangspunkt des Lösungsvorschlags und seine Grundlage — stellt sich erst, wenn der Tatbestand der §§ 929 ff.[704] (Rückerwerbsgeschäft) gegeben ist, heraus, daß ein „Außenverkehrsgeschäft" nicht vorliegt[705]. Erst in diesem Zeitpunkt ist ein dem Gesetzeszweck widersprechender Eigentumserwerb des N möglich[706].

C. Der Lösungsvorschlag bei „böswilligem" Erwerb.

I.

Im Fall des „b ö s w i l l i g e n" Erwerbs ist das aus der Interessenlage entwickelte Ergebnis konstruktiv ebenfalls durch eine Gebotsberichtigung der Schutzvorschriften zu erzielen. Deshalb sei auf die oben gemachten grundsätzlichen Ausführungen verwiesen[707].

Allerdings ist die Begründung, es mangele an einem „Ver-

(Tatbestand des Rückerwerbsgeschäfts). W e r erwirbt, ist allerdings eine andere Frage.

704 Ohne Rücksicht auf die causa.

705 So daß auch erst in diesem Zeitpunkt die Wirkung der Restriktion eintreten kann.

706 N a c h Wandlung oder Rücktritt, aber vor Rückübereignung ist dies keineswegs der Fall. Dies wird sofort deutlich: Wenn trotz Rücktritts oder Wandlung Z die Sache an einen Dritterwerber veräußert, dann ist das Zwischenerwerbsgeschäft ein „Außenverkehrsgeschäft".

707 Die Ansichten im Schrifttum bei „b ö s w i l l i g e m" Erwerb des N lassen sich wie folgt einteilen:

Eine Gruppe sucht eine Lösung in der analogen Heranziehung der Bestimmung des § 166 II: Weber, a.a.O., S. 98; Hälbig, a.a.O., S. 46; Köller, a.a.O., S. 39, der schon bei grobfahrlässiger Unkenntnis des N einen unmittelbaren Rückerwerb des A bejaht; Fenwarth, a.a.O., S. 70 (mittelbar bösgläubiger Eigentumserwerb). Andere begründen einen Rückerwerb des A durch analoge Anwendung des § 162 II: Stein, a.a.O., insbesondere S. 38; Ewald, a.a.O., der u. a. die „subjektive Erwerbsunfähigkeit des N" hiermit begründet; Eltze, a.a.O., S. 36 ff., sieht wahlweise in § 166 II oder § 162 II eine Möglichkeit; Oberländer, a.a.O., (mittelbar böswilliger Eigentumserwerb); Zysmann, a.a.O., und Horwitz, a.a.O., verneinen einen Rückerwerb des N unter Heranziehung des „in fraudem legis agere" („Gesetzesumgehung"). Reichels Begründung ist oben schon dargelegt, vgl. S. 21; ihm schließt sich Leemann. Komm. z.Schweiz.ZGB. von Gmür IV 1, Art. 714, Bem. 52 an.

kehrsgeschäft", nicht möglich. Denn, wie gesehen, wird ein Rechtsgeschäft als „Innen"- oder „Außenverkehrsgeschäft" lediglich durch o b j e k t i v e Merkmale charakterisiert, nicht dagegen durch subjektive.

Außer dem normativen Gehalt der Schutzbestimmungen: Nur „Außenverkehrsgeschäfte" sollen geschützt werden, gehört zu ihrem Inhalt: Nur Gutgläubige werden geschützt. Benutzt nun jemand die Schutzvorschriften, um unter ihrem Schutz trotz „Bösgläubigkeit" Eigentum zu erwerben — dies ist nur durch eine Mittelsperson möglich!! —, so handelt er dieser Norm zuwider, er vereitelt insoweit den Zweck des Gesetzes. Aus dem Sinn und Zweck der Bestimmungen (Interessenlage, teleologische Auslegung) ergibt sich, daß ein solcher Erwerb zu verneinen ist, obgleich der wirksame Erwerb als Rechtsfolge des Tatbestandes der jeweiligen Schutzbestimmung gegeben zu sein scheint.

Auch hier ist eine „u n e c h t e Lücke" gegeben. Durch eine „Gebotsberichtigung" („Restriktion") wird die Schutzwirkung entzogen, sofern es bei einem „böswilligen" Erwerb zum beabsichtigten Rückerwerb des N kommt: Mit rückwirkender Kraft entfällt die Anwendbarkeit des § 932 beim Zwischenerwerbsgeschäft, und damit der Eigentumsverlust des A[708]. Die „Interessen" des Z werden ebenso wenig wie im Fall des Rückerwerbs auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts" beeinträchtigt.

Wie schon bei der interessenmäßigen Betrachtung hervorgehoben ist, werden die Fälle des lediglich b ö s g l ä u b i g e n Erwerbs, d. h. der Veräußerung und des Rückerwerbs im Bewußtsein oder in grobfahrlässiger Unkenntnis des Nichtrechts, nicht ergriffen: Der rückerwerbende N steht einem Dritterwerber gleich („Außenverkehrsgeschäft"), Zweck und Sinn des Gesetzes verbieten hier sogar, einen Rückerwerb des A anzunehmen: Die „R e c h t s sicherheitsinteressen"[709] (die sich hier mit

---

[708] Die Anwendbarkeit der Schutzvorschriften wird — ebenso wie beim Rückerwerb auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts" — beim Zwischen- und Rückerwerbsgeschäft verneint. Die oben hinsichtlich des Rückerwerbsgeschäfts einfache Begründung aus der „Rückübertragungsnatur" (wenn Z kein Eigentum erworben hat) ist hier allerdings nicht gegeben, da es sich um ein „Außenverkehrsgeschäft" handelt.

[709] „Stabilitätsinteressen".

den Interessen des A decken) müssen den „Verkehrsinteressen“[710] weichen.

II.

Häufig ist im Fall des „böswilligen“ Erwerbs auf die darin liegende „Gesetzesumgehung“[711] hingewiesen worden. Zum Teil hat man darin die konstruktive Lösung erblickt[712]. Meist hat man eine solche Möglichkeit jedoch entschieden zurückgewiesen[713].

1.

Es muß zunächst auf zwei verschiedene methodisch mögliche Verwendungen hingewiesen werden: Man kann den „böswilligen“ Erwerb — übrigens ebenso den Rückerwerb auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts“, sofern man zum Begriff der „Gesetzesumgehung“ keine Umgehungsabsicht[714] fordert — als

---

[710] „Fortbildungsinteressen“.

[711] Vgl. Schrifttum zur „Gesetzesumgehung“: Insbesondere Vetsch, a.a.O.; Barthelmes, a.a.O.; Pfaff, a.a.O.; Wette, a.a.O.; Neff, a.a.O.; Hoffmann, a.a.O.; Magen, a.a.O.; Lurje, a.a.O.; Hensel, a.a.O.; Bertram, a.a.O.; Oppenheimer, a.a.O.; Karth, a.a.O.

[712] Die Möglichkeit einer „Gesetzesumgehung“ im vorliegenden Fall bejahen ausdrücklich: Reichel, a.a.O., S. 259; Weber, a.a.O., S. 114, Anm. 2, der aber Abstand davon nimmt, eine solche Begründung anzuführen wegen des Widerspruchs, den Hellwig — Gläubigernot, S. 25—32; ders., Arch-ZivPrax., Bd. 64, S. 285 — durch die h. L. erfahren hat.

[713] „Gesetzesumgehung“ verneinen ausdrücklich (wohl alle im Anschluß an Ewald, a.a.O.): Ewald, a.a.O., S. 286 (hält das Vorliegen einer „Gesetzesumgehung“ für zweifelhaft, läßt die Entscheidung aber dahingestellt); Herrmann, a.a.O., S. 11; Oberländer, a.a.O., S. 16; Fenwarth, a.a.O., S. 36; Stoevesandt, a.a.O., S. 67.

[714] Eine „Absicht“ der Umgehung ist nicht erforderlich. So die herrschende Lehre: Rotondi, a.a.O., S. 160; Vetsch, a.a.O., S. 216; Wette, a.a.O., S. 20; Hoffmann, a.a.O., S. 19; Magen, a.a.O., S. 20; Neff, a.a.O.; Korth, a.a.O., S. 16/17; E.-Nipperdey, § 177 II, insbesondere Anm. 11; Lurje a.a.O., S. 380; v. Tuhr, II 2, S. 7.

a. A.: Barthelmes, a.a.O., S. 8; Pfaff, a.a.O., S. 83; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 219; Arminjon, Journ. 1921, S. 69; vgl. auch RGZ. 44/103; Barthelmes, Pfaff und Reichel stützen sich auf römische Quellenstellen. Vgl. demgegenüber Rotondi, a.a.O., S. 155.

Gegen das Erfordernis einer „Umgehungsabsicht“ spricht einmal die Schwierigkeit, die Absicht zu beweisen (praktische Seite). Weiterhin ist dies aus dem Wesen der Gesetzesumgehung zu entnehmen. Das Gesetz will bestimmte Erfolge verhindern. Dabei ist es gleichgültig, wie der Erfolg jeweils erreicht wird. Rotondi, a.a.O., S. 160, und Vetsch, a.a.O.,

„Gesetzesumgehung" bezeichnen, indem man in einer „Gesetzesumgehung" einen bestimmten Tatbestand, aber keine selbständige Rechtsfigur erblickt[715], oder indem man die „Gesetzesumgehung" für einen selbständigen, mit besonderen (sich daraus ergebenden) Rechtswirkungen versehenen Tatbestand ansieht[716]. Von der systematischen Stellung und Bekämpfung der „Gesetzesumgehung" aus formuliert[717]: Man kann die „Gesetzesumgehung" lediglich als eine Frage der Auslegung betrachten und in einer zweckgetreuen Auslegung und verständigen Rechtsfindung in der Form der Analogie oder der Restriktion einen ausreichenden Rechtsbehelf sehen. Oder man kann in dem „in fraudem legis agere" ein selbständiges Rechtsinstitut erblicken, dem eine besondere Form der Bekämpfung entsprechen müsse.

Eine „Umgehung" des Gesetzes dürfte durch Auslegung zu korrigieren sein: Die „Gesetzesumgehung" ist keine selbständige Rechtsfigur[718]. Der Begriff ist trotzdem insofern wertvoll, als sich bei Vorliegen einer „Umgehung" die Notwendigkeit einer Korrektur durch Auslegung und Rechtsfindung ergibt. Es han-

---

S. 216, weisen mit Recht darauf hin, daß die Ausdrücke „fraus legis", „fraude à la loi", „frode alla legge", „Gesetzesumgehung" die Schuld an der falschen Behauptung tragen, subjektiv sei eine Umgehungsabsicht erforderlich.

Wenn sich die Vertreter der subjektiven Theorie (die eine „Absicht" erfordert!) auf römische Quellenstellen stützen, so sei auf Rotondi, a.a.O., S. 155, verwiesen, nach dessen Untersuchungen die römischen Juristen die „Umgehungsabsicht" nicht erheblich sein ließen. Vgl. auch Voigt, a.a.O., S. 108, nach dem „fraus" ursprünglich Schade, Nachteil bedeutet. Die Bedeutung „Betrug" habe „fraus" erst in der Kaiserzeit erhalten. In dem terminus „in fraudem legis" sei fraus noch im ersten Sinn gebraucht.

[715] Hoffmann, a.a.O., S. 11 ff.; Neff, a.a.O.; Buetow, a.a.O.; Wette, a.a.O.; Kohler, IherJahrb., Bd. 16.

[716] Barthelmes, a.a.O., S. 23; Bähr, a.a.O., S. 57, 58 (vgl. auch Hellwig, ArchZivPrax., Bd. 64, S. 371).

[717] Vgl. hierzu: Neff, a.a.O., S. 17; Wette, a.a.O., S. 27; Hoffmann, a.a.O., S. 11 ff.; Magen, a.a.O., S. 10 ff.

[718] Vgl.: E.-Nipperdey, § 177 II: „Eine Umgehung liegt immer dann vor, wenn dem ausgesprochenen Zweck des Gesetzes in einer dem äußeren Anschein nach zulässigen Weise zuwidergehandelt wird."

Lehmann, Allg. Teil, § 29 III 4: „Die Frage der Umgehung ist also das Problem der richtigen Auslegung und Handhabung der Norm nach ihrem Zweck und ihrer inhaltlichen Tragweite."

delt sich nicht lediglich um eine „enge Verkettung“[719] von Gesetzesumgehung und Gesetzesauslegung. Vielmehr ist die Gesetzesauslegung das Mittel, die „Gesetzesumgehung“ zu bekämpfen. Diese Ansicht ist jedenfalls dann geboten, wenn man zur Methode der Auslegung eine freiere Stellung einnimmt.

Hieraus ergibt sich, daß beim Rückerwerb auf Grund eines „Innenverkehrsgeschäfts“ und beim „böswilligen“ Erwerb[720] eine „Gesetzesumgehung“ vorliegt, die durch Auslegung und Rechtsfindung zu „bekämpfen“ ist. Eine Lösung aus einem selbständigen Rechtsinstitut „Gesetzesumgehung“ mit eigenen Wirkungen ist abzulehnen.

2.

Es erscheint angebracht, auf die zumeist nur kurzen Bemerkungen über die „Gesetzesumgehung“ beim Rückerwerb im Schrifttum einzugehen.

In vielen Abhandlungen findet sich der Satz, wohl im Anschluß an die von Ewald[721] geäußerten Zweifel, eine Gesetzesumgehung liege nicht vor, da ein gesetzliches Verbot des schlechtgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten nicht bestehe[722]. Ein schlechtgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten sei eben nicht verboten, sondern überhaupt nicht möglich[723].

---

719 Bertram, a.a.O., S. 7.

720 Wie schon betont, ist zur „Gesetzesumgehung“ keine Umgehungsabsicht erforderlich. Wenn beim „böswilligen“ Erwerb trotzdem eine Absicht gefordert wird, so nicht als „Umgehungs“absicht. Sondern weil sich nur die absichtliche Benutzung der Schutzvorschriften als objektive Umgehung darstellt (bei „Außenverkehrsgeschäften“; anders, wie oben erwähnt, bei „Innenverkehrsgeschäften“, bei denen eine „Umgehungs“absicht keineswegs erforderlich ist), weil nur sie dem ausgesprochenen Zweck des Gesetzes „in einer dem äußeren Anschein nach zulässigen Weise“ zuwiderläuft.

721 Ewald, a.a.O., S. 286.

722 Herrmann, a.a.O., S. 11; Oberländer, a.a.O., S. 16; Stoevesandt, a.a.O., S. 67.

723 Wenn Stoevesandt, a.a.O., S. 67, Anm. 4 , erklärt: „Ähnlich Ewald S. 284“ (es muß übrigens lauten: S. 286), so ist dies mißverständlich. Ewald, a.a.O., erwähnt gegen die Begründung der Gesetzesumgehung allerdings die gleichen Argumente wie Stoevesandt, a.a.O.; Ewald, a.a.O., S. 286 sagt jedoch: „Es mag zweifelhaft sein, ob sich der nach vorbedachtem Plan handelnde Nichtberechtigte einer Gesetzesumgehung schuldig macht“. Auf S. 287, letzter Satz des ersten Absatzes sagt er dann ausdrücklich: „Es kann daher dahingestellt bleiben, ob sie (die Argumente Reichels) richtig sind.“

Hierin tritt eine doppelte rechtsirrtümliche Auffassung zu Tage. Einmal liegt diesen Ausführungen die Ansicht zugrunde, eine „Gesetzesumgehung" sei nur bei „Verbotsgesetzen" möglich. Weiterhin zeigt sich in der Behauptung, ein schlechtgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten sei nicht verboten, sondern überhaupt nicht möglich, eine auf der herrschenden Terminologie beruhende Verwechselung.

Letztere Auffassung dürfte durch die gebräuchliche Terminologie Gesetzes„umgehung" herbeigeführt sein. Hält man dem Begriff „Verbotensein" die Möglichkeit einer Übertretung für immanent — dies dürfte sprachlich der Fall sein —, so erscheint es allerdings unlogisch, die Privatautonomie einschränkende Rechtssätze als „Verbotsgesetze" zu bezeichnen[724]. Denn durch sie ist das „Können" des Rechtssubjektes beschränkt, eine Möglichkeit der „verbotswidrigen" Vornahme und damit eines Vorstoßes gegen das „Verbot" ist schlechterdings unmöglich. Versteht man aber — und das ist die herrschende Terminologie — unter einem gesetzlichen „Verbot" auch solche Rechtssätze, die das „Können" des Rechtssubjektes einschränken, insoweit die erstrebten Rechtswirkungen also überhaupt verhindern[725], so kann man daraus, daß die Herbeiführung eines Erfolges unmöglich ist, nicht folgern, daß die Herbeiführung nicht verboten ist. In diesem Sinn ist eben die Herbeiführung aller unmöglichen Rechtswirkungen „verboten", und alle „verbotenen" Rechtswirkungen — wenigstens soweit sie das „Können" einschränken — unmöglich!

Zudem ist folgendes zu beachten: Es mag ein Unterschied zwischen Geboten und Verboten bestehen, wenn dies auch mit Savigny[726] mehr als eine Frage der Formulierung anzusehen ist. Hier handelt es sich aber um Verbote und Gebote in einem anderen Sinne: Um „befähigende" und „unfähig machende Rechtssätze, die über Wirksamkeit von Handlungen entscheiden". In diesem Sinn ist aus einem Formgebot, z. B. der Be-

---

[724] Es wäre logisch und begrifflich wohl allein angebracht, von „Verbotsgesetzen" nur da zu sprechen, wo das „Dürfen" oder „Sollen" des Rechtssubjektes getroffen wird. Denn hier ist die Möglichkeit eines „verbotswidrigen" Handelns und damit eines Verstoßes möglich: Das „Können" des Rechtssubjektes ist ja nicht beschränkt.

[725] v. Tuhr, II 2, S. 1/2.

[726] Savigny, System I, S. 39.

stimmung des § 313, ein „Verbot" der formlosen Verpflichtung zur Grundstücksübereignung zu entnehmen. Es kann sich also überhaupt nicht darum handeln, ob hier ein „Gebot" oder ein „Verbot" vorliegt. Es handelt sich um Sätze des „Könnens" oder Nicht„könnens", aber nicht um solche des „Dürfens" oder „Sollens". Die termini „Gebot" und „Verbot" werden also doppelsinnig gebraucht.

Schon hieraus dürfte sich ergeben, daß die Behauptung, ein schlechtgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten sei nicht verboten, sondern eben unmöglich, also m. a. W. die Bestimmungen der §§ 932 ff. stellten nur die Voraussetzungen eines solchen Erwerbs auf, aber kein Verbot (im Sinne eines negativ verpflichtenden Satzes), mithin könnten sie nicht umgangen werden, irrtümlich ist.

Außerdem ist eine „Gesetzesumgehung" nicht nur bei „Verbots"sätzen möglich. Zwar wird gelegentlich behauptet, nur beim Zuwiderhandeln gegen den in einem Verbotsgesetz zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers liege eine „Gesetzesumgehung"[727], [728]. Die Begründung, begrifflich sei nur bei Verbotssätzen, niemals dagegen bei Gebotssätzen eine Umgehung möglich, weil man ein Gebot nur erfüllen oder nichterfüllen könne[729], dürfte nicht durchschlagend sein: Ebenso läßt sich von Verbotssätzen sagen, sie könnten nur erfüllt oder nichterfüllt werden, „tertium non datur"[730]. Einen Erfolg, dessen Herbeiführung zwar nicht „verboten", aber an das Gegeben-

---

727 Endemann, Lehrb. I, S. 48; Linckelmann, ArchBürgRecht, Bd. 7, S. 216; Dernburg, Pandekten, I S. 70; Staudinger, Bd. I, S. 519; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 215; KGJ. 31 A 186; vgl. auch Striemer, in JW. 1913, S. 183; vgl. im übrigen die Literaturangaben bei Vetsch, a.a.O., S. 273.

728 Ohne Unterschied: Vetsch, a.a.O.; Hoffmann, a.a.O., S. 28; Barthelmes, a.a.O., S. 6; Pfaff, a.a.O., S. 80; Neff, a.a.O., S. 27; Kohler, a.a.O., S. 48; Dernburg, Pandekten (8. Aufl., 1911!), S. 51, Anm. 15; Rotondi, a.a.O., S. 39; Lurje, a.a.O., S. 317; Korth, a.a.O., S. 13; Hensel, a.a.O., S. 27. — Vgl. auch Frankenstein, a.a.O., S. 175; Arminjon, a.a.O., und Perrond Journ. 1926, 25, die ohne Unterscheidung von Verbots- oder Gebotsnormen von einer fraus legis sprechen.

729 Endemann, Lehrb. I, S. 48.

730 Fuchs, 1917, S. 39 ff. „Ein Verbot wird erfüllt durch Vermeidung des verbotenen, ein Gebot durch Vermeidung jeden Gegenteils des Gebotenen. Beidemale kann die Vermeidung des zu vermeidenden Rechts wohl eine nur scheinbare, eine trügerische sein."

sein bestimmter Voraussetzungen geknüpft ist, kann man doch dadurch zu erreichen suchen, daß man einen „anderen" Weg einschlägt[731, 732].

---

[731] Hoffmann, a.a.O., S. 30.

[732] Verbotsgesetze bezwecken, bestimmte Rechtsgeschäfte zu verhindern Gebotsgesetze legen „die Tatbestandsmerkmale fest, von deren Erfüllung die bezweckte Rechtsfolge oder die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängt", so Endemann, Lehrb. I, S. 44/45. Der Unterschied liegt demnach in den Rechts f o l g e n : „Objekt" der Gesetzesumgehung ist der im Gesetze enthaltene Tatbestand. Auch hieraus ergibt sich, daß sowohl Verbots- wie Gebotsgesetze „umgangen" werden können.

III. TEIL.

Die Fälle der wirksamen Veräußerung kraft gesetzlicher Verfügungsmacht.

Von den Fällen wirksamer Veräußerung kraft gesetzlicher Verfügungsmacht sind im folgenden die Gestaltungen geprüft, bei denen sich auf Grund von Surrogationsbestimmungen eine Wiederberechtigung des A ergibt. Im übrigen sollen sie im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben[1].

A. Rückerwerb des Pfandgläubigers (§ 1247).

Ob eine Wiederberechtigung des Pfandeigentümers (A)[2] stattfindet, wenn der Pfandgläubiger nach Wandlung des Erstehers die Sache zurückerlangt, ist insbesondere im Hinblick auf die Bestimmung des § 1247 untersucht worden[3]. Folgender Sachverhalt liegt zugrunde: Der Pfandgläubiger (N) läßt die Pfandsache ordnungsgemäß verkaufen[4] und erhält sie nach Wandlung des Erstehers (Z) zurück[5].

---

[1] Vgl. hinsichtlich des Testamentsvollstreckers, Nachlaßpflegers und Konkursverwalters die Ausführungen von Stoevesandt, a.a.O., S. 87.

[2] Im folgenden entspricht A (Altberechtigter) dem Pfandeigentümer, N (Nichtberechtigter) dem Pfandgläubiger, Z (Zwischenerwerber) dem Ersteher (Käufer).

[3] Für Rückerwerb des Pfandeigentümers über § 1247: Ewald, a.a.O., S. 251; Hälbig, a.a.O., S. 9.

Gegen Rückerwerb des Pfandeigentümers über § 1247: Oertmann, JurRsch. 1930, S. 170; Meves, a.a.O., S. 9; Wallenstein, a.a.O., S. 17; Stoevesandt, a.a.O., S. 84.

[4] Es kommen hier nur die Fälle in Betracht, in denen der Verkauf aus freier Hand geschieht, da sonst eine Wandlung wegen § 461 nicht möglich ist.

[5] Es handelt sich zwar nicht um einen „Nichtberechtigten" im technischen Sinn, da der Pfandgläubiger veräußerungsbefugt ist. Vorliegendes Problem taucht eben überall dort auf, wo jemand (Z) auf Grund der

I.

E w a l d[6] bejaht unter doppelter Anwendung des § 1247 einen Eigentumsrückerwerb des A. Er führt aus — um seine Ansicht zunächst nur in großen Zügen aufzuzeigen —, nach § 1247 Satz 2 sei der Erlös aus dem Pfandverkauf in das Eigentum des Pfandeigentümers (A) gefallen, der Pfandgläubiger (N) habe an ihm ein Pfandrecht erworben (Surrogation!). Bei Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach Wandlung beurteile sich die rechtliche Lage wiederum nach § 1247[7]. Die vom Ersteher (Z) zu-

---

Veräußerung eines anderen (des N) ein Recht in anderem Umfange erwirbt, als es dem anderen (N) zustand. N ist „Nichtberechtigter", wenn er Nichtinhaber des Rechts ist, das der Erwerber (Z) erlangt.

[6] Ewald, a.a.O., S. 251 ff.; ihm folgt Hälbig, a.a.O., S. 9 ff.

[7] Stoevesandt, a.a.O., S. 85, bemerkt, die Begründung Ewalds führe schon dann nicht zum Ziel, wenn etwa entgegen § 1238 Verkauf und Übereignung der Pfandsache gegen Kredit erfolgten, da ein austauschfähiger Erlös, der in das Eigentum des Pfandeigentümers fallen könnte, dann gar nicht vorhanden sei.

Diese Bemerkung bedarf einer genaueren Analyse, da die rechtliche Lage keineswegs eindeutig ist. Die Rechtslage bei einer entgegen § 1238 gegen Kredit erfolgten Veräußerung (Verkauf und Übereignung) der Pfandsache ist so: Nach § 1238 II tritt eine Zahlungfiktion ein, d. h. im Verhältnis von Pfandgläubiger zu Pfandeigentümer und etwaigen anderen Realberechtigten gilt der noch unbezahlte Kaufpreis als bereits bezahlt. Diese Zahlungsfiktion ist wohl an die Voraussetzung zu knüpfen, daß das Pfand bereits dem Ersteher durch Tradition übereignet ist, wenn das Gesetz auch nur von „Verkauf" spricht, vgl. Kipp zu Windscheid, I, 1209 b β Mit anderen Worten: § 1247 wird angewendet, vgl. Wolff, SR. § 166 V 4, S. 635.

Besteht also z. B. eine fällige Pfandforderung des Pfandgläubigers in Höhe von 1000.— RM, und beträgt der erzielte Erlös 1200.— RM, so hat der Pfandeigentümer gegen den Pfandgläubiger einen Anspruch in Höhe von 200.— RM. Etwaige andere Pfandgläubiger erlangen ein Pfandrecht an diesem Anspruch, vgl. Kipp zu Windscheid I 1209 b β (Der Pfandgläubiger hat dagegen keinen Anspruch gegen den Ersteher auf Auszahlung des Mehrerlöses, ebenso keinen Anspruch gegen den Pfandgläubiger auf Zession des Anspruchs gegen den Ersteher. Anders im gemeinen Recht: D. 13, 7, 24, 2, vgl. Wolff, SR. § 166 V 4 am Ende und dass. Anm. 24.) Dies ist heute fast unbestritten. vgl. Planck, a.aO., S. 18; a. A. allerdings Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, I 388.

Ob im Fall der §§ 1245/1246 die Bestimmung des § 1247 in der Art anwendbar ist, daß die Kaufpreisforderung des Pfandgläubigers gegen den Ersteher als „Erlös" anzusehen ist, wird von Planck (4), § 1247, Bem. 4 b angezweifelt, entspricht jedoch h. L.: Staudinger (10), § 1247 Bem. 4 d; Biermann, § 1247, Bem. 4 b; früher auch Planck, a.a.O.; RGRK.

rückübereignete frühere Pfandsache sei jetzt der Erlös im Sinne des § 1247 (die jetzige „Pfandsache" sei also der aus dem ersten Pfandverkauf erzielte Gelderlös), nach § 1247 Satz 2 erhalte der Pfandeigentümer Eigentum und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an ihr.

---

(8), § 1247, Bem. 1 b. In diesem Fall (§§ 1245/1246) ist der Einwand Stoevesandts also keinesfalls beachtlich, vgl. Pollack, a.a.O., S. 21; a. A.: Emmerich, a.a.O., S. 362, nach dem die Erlösforderung ganz dem Eigentümer zustehen soll.

Stellt sich nun durch die Wandlung heraus, daß der nach § 1238 II fingierte „Erlös" nicht besteht, da man jetzt nicht mehr von einem „Verkauf" in § 1238 II sprechen kann, so daß die Fiktion des § 1238 wegfällt, so ergibt sich damit einmal, daß der Anspruch des Pfandeigentümers gegen den Pfandgläubiger in Höhe von 200.— RM erlischt, und andererseits, daß die Pfandforderung des Pfandgläubigers nicht untergegangen ist. Auch wenn der Ersteher unterdessen an den Pfandgläubiger gezahlt haben soll, verändern sich die Rechte des Pfandeigentümers nicht, vgl. Wolff, SR. § 166 V 4 am Ende; Pollack, a.a.O., S. 21; Motive, Bd. 3, S. 833 oben; a. A.: Kipp zu Windscheid I, 1210 α. nach dem dem Pfandeigentümer ein Wahlrecht zustehen soll. Dies ist die Lösung nach der hier vertretenen Ansicht.

Ewald würde von seiner Ansicht aus begründen: Durch die Wandlung stellt sich heraus, daß dem Pfandgläubiger nichts „gebührt". Demnach hat der Pfandeigentümer gegen den Pfandgläubiger einen Anspruch in Höhe von 1200.— RM (§ 1247 Satz 2, der „Erlös" wird nach § 1238 II fingiert. Ewald läßt, wie oben gesehen, durch die Wandlung ja nicht die Erlöseigenschaft der Leistung des Erstehers entfallen!). An diesem Anspruch hat der Pfandgläubiger ein Pfandrecht (§ 1247 Satz 2). Dem stehen keine Bedenken entgegen, da ein Pfandrecht an eigener Schuld (pignus debiti) anzuerkennen ist, vgl. RGZ. 57/363; 116/207; RG. in „Recht", 1923, Nr. 350; Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, I, S. 422; Wolff, SR. § 177, Anm. 1. Dann stehen der Anwendung des § 1247 bei der R ü c k übertragung keine größeren Bedenken entgegen, als bei Barzahlung, sofern der Erlös vermischt oder ausgegeben ist. Denn die Lage ist so, als ob der Pfandgläubiger den Kaufpreis erhalten und durch Vermischung in sein Alleineigentum gebracht hätte, vgl. Wolff, SR. § 166 V 4 am Ende S. 636. Es handelt sich in § 1238 II eben um eine Zahlungs f i k t i o n ! Mit Hilfe der von Ewald, a.a.O., auf S. 253, 254 erwähnten Konstruktion kommt man dann zum gleichen Ergebnis wie bei Barzahlung.

Diese Konstruktion wird allerdings mit Stoevesandt, a.a.O., S. 85, für nicht vertretbar gehalten. Es sollte als Ergebnis obiger Ausführungen nur festgestellt werden, daß auch in diesem Fall bei Bejahung der Ansicht Ewalds eine Lösung möglich ist, und nicht, wie Stoevesandt wohl meint, jegliche Möglichkeit fehlt.

1.

Den Ausführungen Ewalds kann nicht gefolgt werden[8]. Schon der Ausgangspunkt Ewalds[9], der Pfandeigentümer erwerbe Eigentum, ist irrtümlich. Ewald[10] führt aus, gemäß § 1247 werde die Forderung des Pfandgläubigers insoweit getilgt, als ihm der Erlös aus dem Pfande gebühre (Satz 1). Im übrigen trete der Erlös an die Stelle des Pfandes (Satz 2)[11]. Werde der Pfandverkaufsvertrag nun durch eine Wandlung vernichtet, so stelle sich damit heraus, daß der Erlös dem Pfandgläubiger überhaupt nicht gebühre. Denn von „Gebühren" des Pfanderlöses könne man nur sprechen, sofern der Pfandgläubiger ihn endgültig behalten dürfe. Demnach trete nach § 1247 Satz 2 Surrogation hinsichtlich des gesamten Erlöses ein: Der Pfandeigentümer werde Eigentümer des ganzen Erlöses, der Pfandgläubiger erwerbe an ihm ein Pfandrecht.

Der Behauptung Ewalds, nach Wandlung stelle sich heraus, dem Pfandgläubiger habe der Pfanderlös niemals „gebührt", ist zuzustimmen. Allerdings nicht, wie Ewald meint, weil ein „Gebühren" ein Behaltendürfen voraussetzt. Denn „gebühren" ist nur im Verhältnis des Pfandgläubigers zum Pfandeigentümer und etwaigen sonstigen Realberechtigten[12] zu verstehen: Der Erlös „gebührt" dem Pfandgläubiger überhaupt nur dann, wenn er rechtmäßig veräußert hat[13], er gebührt ihm insoweit, als er eine fällige Pfandforderung hat. Sondern weil ein „Erlös" im Sinne des § 1247 ein Behaltendürfen voraussetzt. Fällt der Pfanderwerbsvertrag (causa) zwischen Pfandgläubiger und Ersteher durch Wandlung weg, so kann man nicht mehr von einem „Erlös" sprechen[14], da ein Erlös nur dann vorliegt, wenn der Pfandgläubiger (im Verhältnis zum Erwerber!) ihn nicht nur erhalten hat[15], sondern ihn auch endgültig behalten

---

[8] Gegen Ewald: Oertmann, JurRsch. 1930, S. 169; Wallenstein, a.a.O., S. 18; Meves, a.a.O., S. 19.

[9] Ewald, a.a.O., S. 253; ebenso Hälbig, a.a.O., S. 11.

[10] Ewald, a.a.O., S. 233.

[11] Surrogation.

[12] Vgl. Oertmann, JurRsch. 1930, S. 170; Meves, a.a.O., S. 12; Wallenstein, a.a.O., S. 18; Stoevesandt, a.a.O., S. 85.

[13] Wolff, SR, § 166 VII 1.

[14] Wenigstens, soweit es den vom Ersteher erlangten Geld„erlös" angeht.

[15] Nur der „Erlös" selbst, nicht der Anspruch auf ihn.

darf[16]. Liegt aber kein „Erlös" im Sinne des § 1247 vor, dann ist eine Entscheidung darüber, ob und evtl. wieviel dem Pfandgläubiger oder dem Pfandeigentümer „gebührt", gegenstandslos. Denn von „gebühren" kann man erst sprechen, wenn ein „Erlös" vorliegt. Insoweit ist allerdings die irrtümliche Analyse Ewalds nicht von praktischer Bedeutung. Wenn Ewald[17] aber daraus den Schluß zieht, daß „folglich" schlechthin Surrogation eingetreten sei (§ 1247 Satz 2), so kommt er damit auch zu einem falschen Ergebnis. Ewald, der einen „Erlös" im Sinne des § 1247 annimmt, der aber ein „Gebühren" verneint, wendet § 1247 Satz 2 hier an, — ja, Ewald muß § 1247 Satz 2 eben hier anwenden —: Der „Erlös" gebührt nicht dem Pfandgläubiger, „also" tritt er an die Stelle der Pfandsache. Dagegen setzt Satz 2 des § 1247 ebenso wie Satz 1 einen „Erlös" voraus, der hier doch — wenigstens soweit es sich um die Geldleistung des Erstehers handelt — nicht vorliegt[18]. Das Ergebnis ist also, daß § 1247 überhaupt nicht zur Anwendung gelangt[19].

---

[16] Das „Endgültigbehalten" ist also nicht, wie Ewald, a.a.O., S. 252, meint, ein Begriffsmerkmal des „gebühren", sondern des „Erlöses".

[17] a.a.O., S. 253.

[18] Oertmann, a.a.O., führt aus, w e n n der Erlös nach Wandlung dem Pfandgläubiger nicht mehr „gebühre" (im Verhältnis zum Ersteher), so müsse sich dieses Nichtgebühren auf den ganzen Kaufpreis beziehen, da den Ersteher Bestand und Höhe der Pfandforderung nichts angehe (auf §§ 467, 346, nicht auf § 1247 gründet sich der Anspruch des Erstehers!). Es könne also nicht, wie es § 1247 für den dem Pfandgläubiger nicht „gebührenden" Teil vorschreibt, ein T e i l an die Stelle des Pfandes mit der Wirkung treten, daß der Pfandgläubiger daran jetzt ein Pfandbesitzrecht ausüben könne. Von der im § 1247 als möglich vorausgesetzten v e r s c h i e d e n e n Behandlung der Erlösteile sei in unserem Fall also unter keinen Umständen die Rede.

Demgegenüber ist zu bemerken: Allerdings geht den Ersteher Bestand und Höhe der Pfandforderung nichts an. Weiterhin erstreckt sich das „Nichtgebühren" — wie Ewald ja selbst ausführt — auf den g a n z e n Erlös. § 1247 Satz 1 scheidet demnach aus. § 1247 Satz 2 (Surrogation) scheidet aber nicht, wie Oertmann, a.a.O., anzunehmen scheint, schon deshalb aus, weil hier keine zwei Teile, gebührender und nicht gebührender Teil, des Pfanderlöses vorhanden sind. Denn Surrogation nach § 1247 Satz 2 tritt auch dann ein, wenn dem Pfandgläubiger nichts „gebührt". Vgl. Wolff, SR. § 166 VII b; Smoira, a.a.O., S. 59 ff.; F. Schulz, ArchZivPrax. 105, S. 402; Fuchs, BürgArch. 34, S. 433; OLG. Braunschweig in „Recht" 1906, S. 687, Nr. 1639. Ein Teil der Literatur nimmt allerdings an, § 1247 Satz 2 beziehe sich seinem Wortlaut nach nur auf den Fall der Hyperocha. So auch Oertmann, § 816, Bem. 1,

Fraglich ist allerdings, wer denn Eigentümer des Geld-„erlöses" geworden ist. Diese Frage wird in der Literatur völlig übergangen[20]. Ursprünglich ist der Pfandeigentümer (A) jedenfalls insoweit Eigentümer des „Erlöses" geworden, als der „Erlös" nicht dem Pfandgläubiger gebührt (§ 1247 Satz 2). Nach Wandlung ist wegen Wegfalls eines Erlöses § 1247 nicht mehr anwendbar. Diese Nichtanwendbarkeit besteht ex tunc, da ex tunc der Kaufvertrag und damit das „Behaltendürfen" und die Erlöseigenschaft entfallen sind. Die Eigentumslage ist so zu beurteilen, wie sie sich ohne die Surrogationsbestimmung des § 1247 darstellt, also nach § 929.

Demnach ist es möglich, daß der Pfandeigentümer (A) durch den Erwerb des Pfandgläubigers Eigentümer geworden ist, wenn die Voraussetzungen der offenen Stellvertretung oder eines „Rechtsgeschäfts für denjenigen, den es angeht", vorliegen[21]. Sonst erlangt der Pfandgläubiger, der ja nicht nur bei der Pfandveräußerung, sondern auch beim Empfang des „Erlöses" im eigenen Namen auftritt, nach § 929 Eigentum.

2.

Aber auch bei der zweiten Anwendung des § 1247 muß Ewald widersprochen werden. Unterstellt man mit Ewald, der Erlös sei wirklich in das Eigentum des Pfandeigentümers (A) ge-

---

dessen Ansicht sich in der Argumentation gegen Ewald zeigt; F. Leonhard, ArchBürgRecht, 21 S. 171; Planck-Brodmann, S. 1236; Bieber, a.a. O., S. 31; Geiger, a.a.O., S. 81.

Hält man eine direkte Anwendung des § 1247 wegen des Wortlauts („Soweit ...", „Im übrigen ...") für nicht möglich, so dürfte jedenfalls eine analoge Anwendung angebracht sein, so F. Schulz, ArchZivPrax., 105, S. 401.

[19] Im Ergebnis übereinstimmend Oertmann, JurRsch. 1930, S. 171. Allerdings leugnet Oertmann das Vorliegen eines Erlöses im Sinne des § 1247, weil er nicht mehr als Spezies, sondern nur noch als Wert vorhanden sei: Einer Behandlung nach § 1247 sei der Erlös aber nur im ersten Fall fähig. Zum gleichen Ergebnis kommt Stoevesandt, a.a.O., S. 85.

[20] Oertmann, JurRsch. 1930, S. 171, erwähnt lediglich, daß ein Erlös nicht mehr vorhanden sei, demnach für § 1247 keinerlei Anknüpfungsmöglichkeit bestehe. Stoevesandt, a.a.O., S. 85, 86 spricht davon, daß § 1247 Satz 1 und 2 einen gültigen Pfandverkauf voraussetze, ohne auf das dingliche Schicksal des Erlösers einzugehen.

[21] Für die Beurteilung dieser Frage gelten die allgemeinen Ausführungen, die oben auf S. 37 gemacht worden sind.

fallen, und der Pfandgläubiger (N) habe ein Pfandrecht an ihm erworben, so dürfte eine Anwendung des § 1247 auf die R ü c k-übereignung, die auf Grund der Wandlung stattfindet, nicht möglich sein.

a)

Abgesehen davon, daß in den meisten Fällen der „Erlös" als Spezies nicht mehr vorhanden sein wird[22], spricht zunächst dagegen, daß § 1247 nur bei einem Pfand v e r k a u f Anwendung findet. § 1247 spricht von dem „Erlös aus dem Pfand". Dieser

---

[22] Hierauf weist Oertmann, JurRsch. 1930, S. 171, mit Recht hin. Ewald sieht diese Schwierigkeit auch und will sie folgendermaßen beseitigen: Der Pfandgläubiger werde durch Vermischung gemäß §§ 948, 947 II 949 lastenfreier Eigentümer, werde aber zugleich gemäß § 951 I dem Pfandeigentümer kondiktizisch verpflichtet. An dieser Schuld des Pfandgläubigers setze sich dessen Pfandrecht fort. (Die gleiche Ansicht ist übrigens – ohne daß Ewald, a.a.O., dies erwähnt – bei Pollack a.a.O., S. 14, zu finden). Inhalt dieses Pfandrechts sei, durch Rückleistung des Erlöses an den Ersteher über den Bereicherungsanspruch des Pfandeigentümers verfügen zu dürfen. Eine analoge Anwendung des § 1247 ergebe dann, daß die frühere Pfandsache „als Erlös" an die Stelle der Bereicherungsschuld trete.

Dieser Konstruktion steht nicht entgegen, daß der Pfandgläubiger an eigener Schuld ein Pfandrecht hat. Dies ist möglich (pignus debiti, vgl. S. 172 ff. dieser Arbeit!). Woher aber ein Pfandrecht an dem Bereicherungsanspruch kommt, ist nicht dargelegt. Ewald begnügt sich mit der Behauptung, dies sei zur Erhaltung des Pfandrechts in seinem Bestand notwendig und deshalb richtig.

Zu beachten ist, daß Ewald, a.a.O., S. 253 (auch Stoevesandt erwähnt dies nicht), wohl im Anschluß an Wolff, SR. § 72 III, insbesondere 1 — ohne Erwähnung dieser Streitfrage — bei Vermischung des Erlöses den Pfandgläubiger gemäß §§ 948, 947 II, 949 lastenfreien Alleineigentümer werden läßt. Dies ist aber bestritten. Die wohl h. L. — Staudinger-Kober, § 948, Bem. 6b; Crome, § 406, Anm. 29; Endemann, § 83, Anm. 19; Goldberger, SeuffBl. 72, S. 633; RG. in DJurZ. 05/459; ebenso das gemeine Recht, vgl. Wolff, SR. § 72, Anm. 13 — verneint bei Vermischung die Möglichkeit eines A l l e i n eigentumserwerbs. Demnach würden an dem „Erlös" Pfandeigentümer und Pfandgläubiger im Verhältnis des Wertes Miteigentümer. An dem Miteigentumsanteil des Pfandeigentümers erhält der Pfandgläubiger ein Pfandrecht (§ 949 Satz 2!), so daß im Fall der Vermischung ein „austauschfähiger Erlös" noch vorhanden wäre. Dieser fällt allerdings dann weg, wenn der Erlös unterdessen vom Pfandgläubiger ausgegeben worden ist (nach § 932 erlischt dadurch das Miteigentum des Pfandeigentümers, nach § 936 das Pfandrecht des Pfandgläubigers!). Dann steht dem Pfandeigentümer lediglich ein Anspruch aus § 816 gegen den Pfandgläubiger zu.

Erlös kann nur auf einem der Wege erzielt sein, die das Gesetz dem Pfandgläubiger als Befriedigungsmöglichkeiten gibt. § 1228 I sagt ausdrücklich, die Befriedigung des Pfandgläubigers erfolge durch „V e r k a u f", die Bestimmungen der §§ 1233 ff. bestimmen die dabei zu beachtenden Formalitäten. Selbst wo das Gesetz eine Abweichung vom gewöhnlichen Pfandverkauf als zulässig bestimmt, z. B. im Fall des § 1240 II, spricht es nur von „Verkauf". Ja, sogar dort, wo gesetzlich die Möglichkeit einer abweichenden Art des Pfandverkaufs durch Vereinbarung zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger besteht (§ 1245), heißt es ausdrücklich „Pfandverkauf"[23]. Eine Vereinbarung, daß die Verwertung anders als durch V e r k a u f erfolgen soll, ist nicht möglich[23a]. Die nach Wandlung erfolgten Rückleistungen des Erstehers und des Pfandgläubigers stellen sich nicht als

---

[23] Auch Stoevesandt, a.a.O., S. 85, Anm. 8 bezweifelt aus diesem Grund eine Anwendbarkeit des § 1247, läßt die Entscheidung aber dahingestellt. Im Ergebnis ebenso Oertmann, JurRsch. 1930, S. 171. Wenn Oertmann, a.a.O., ausführt, das durch eine doppelte Anwendung des § 1247 erlangte Ergebnis Ewalds, der Pfandeigentümer erlange Eigentum an der Pfandsache durch den Rückerwerb des Pfandgläubigers, stehe „im schroffen Widerspruch" zum Wandlungs- und Rücktrittsrecht des BGB., das unbestreitbar und unbestritten nur persönlich wirke, so dürfte dem nicht zu folgen sein. Oertmann, a.a.O., weist zum Vergleich auf folgendes hin: Hätte der Pfandeigentümer selbst verkauft und wäre ihm gegenüber gewandelt, so würde er dadurch das Eigentum an der verkauften Sache nicht von selbst wiedererlangt haben, auch nicht durch Rückgewähr des Erlöses an den Ersteher, sondern erst durch die Rückübereignung an ihn (den Verkäufer). Hier dagegen — wo er noch nicht einmal Vertragspartei sei! — soll er Eigentum ohne Rückübereignung wiedererwerben!

Daß die Rechtsfrage in dem von Oertmann erwähnten Fall so ist, ist unbestreitbar, dürfte jedoch mit Vorliegendem nichts zu tun haben. Oertmann übersieht, daß der Pfandeigentümer das Eigentum an der Pfandsache noch nicht mit Wandlung oder Rücktritt des Erstehers oder mit Rückgewähr des Erlöses durch den Pfandgläubiger zurückerhält — nur dann wäre der herangezogene Vergleichsfall überhaupt verwertbar im Sinne Oertmanns! —, sondern erst mit der Rückübereignung der früheren Pfandsache (die jetzt als „Erlös" im Sinne des § 1247 behandelt wird!) an den Pfandgläubiger. Der Ansicht Ewalds ist allerdings zu widersprechen, wie oben schon ausgeführt. Die Durchführung ist jedoch in sich konsequent und verstößt in keiner Weise gegen das Wandlungs- und Rücktrittsrecht des BGB.

[23a] Eine solche Vereinbarung wird allerdings als zulässig zu erachten sein, sie stellt sich aber nicht als P f a n d verwertung dar.

Erfüllung eines Kaufvertrages dar, sondern der aus der Wandlung entspringenden Rückgewährspflichten[24].

b)

Weiterhin ist aber folgendes zu beachten: Nach Ewald hat der Pfandgläubiger ein Pfandrecht am Erlös. Es handelt sich, da der „Erlös" in Geld besteht, um ein echtes Pfandrecht an Geld[25]. Die Pfandverwertung eines echten Geldpfandrechts geschieht aber überhaupt nicht durch Pfandverkauf, sondern durch Aneignung. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, ergibt sich aber aus dem Wesen des Pfandrechts[26]. Durch einseitige Willensbetätigung wird der Pfandgläubiger Eigentümer[27]. Wozu sollte in einem solchen Fall noch eine besondere Verwertung notwendig sein, da eine „Versilberung" der Pfandsache zur Befriedigung des Pfandgläubigers überflüssig ist?

Der Anwendung des § 1247 auf das Rückübertragungsgeschäft — unter der Voraussetzung Ewalds, daß der Pfandeigentümer (A) Eigentümer des Erlöses ist und der Pfandgläubiger (N) ein Pfandrecht an ihm hat — steht demnach ein Doppeltes entgegen: Einmal finden die Pfandverwertungsvorschriften des BGB. und damit auch § 1247 nur auf den Pfandverkauf Anwendung, und weiterhin ist eine Verwertung durch Verkauf bei einem Geldpfandrecht überhaupt gegenstandslos[28].

II.

Eigentlich liegt es näher, den „Erlös" im Sinne des § 1247 nicht, wie Ewald meint, in der vom Ersteher erbrachten Geld-

---

[24] §§ 467, 346.

[25] Zum Unterschied vom sog. irregulären Pfandrecht. Hierbei erhält der Gläubiger Eigentum und Verbrauchsrecht unter der Verpflichtung, einen gleichen Geldbetrag zurückzuübereignen. Vgl. Wolff, SR. § 173 I. Beim echten Pfandrecht wird der Pfandgläubiger dagegen nicht Eigentümer. Anders im Nießbrauchrecht (§ 1067), nach dem der Nießbraucher ohne weiteres Eigentümer mit Erstattungspflicht ist. Ein durch Surrogation entstehendes Pfandrecht ist im Gegensatz zum Nießbrauch (§ 1075 Abs. II) immer ein echtes Pfandrecht!

[26] Wolff, SR. § 173 I.

[27] Hirsch, a.a.O., I S. 397; Kipp zu Windscheid, I S. 1143.

[28] Und nicht erforderlich, so daß eine analoge Anwendung des § 1247 schon deswegen ausscheidet.

leistung zu sehen, sondern in dem Rückgewährsanspruch, den der Pfandgläubiger nach §§ 467, 346 erlangt[29]. Bejaht man die Erlöseigenschaft des Rückgewährsanspruchs, so steht dieser gemäß § 1247 Satz 2 dem Pfandeigentümer zu[30], der Pfandgläubiger hat an ihm ein Pfandrecht[31]. Nach § 1282 Satz 1 kann der Pfandgläubiger nach Pfandreife die Forderung einziehen[32]. Gemäß § 1287 Satz 1 erwirbt dann der Pfandeigentümer bei Leistung des Erstehers das Eigentum und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Sache. Da Pfandreife vorliegt, kann der Pfandgläubiger sich jetzt aus diesem Pfande sofort durch Pfandverkauf befriedigen.

1.

Zweifel bestehen hinsichtlich der Erlöseigenschaft dieses Rückgewährsanspruchs allerdings nicht — wie bei der vom Ersteher erbrachten Geldleistung —, weil der Pfandgläubiger ihn nicht „behalten" darf. Aber ein anderes Merkmal läßt die Möglichkeit zweifelhaft erscheinen, den Rückgewährsanspruch als den „Erlös" im Sinne des § 1247 anzusehen: Außer dem „Behaltendürfen" wird ein „Erlös" dadurch charakterisiert, daß er sich als die durch die Pfandverwertung, und zwar durch einen Kaufvertrag, endgültig erworbene Gegenleistung des Käufers darstellt, die demnach[33] immer in Geld besteht. Dies ist aus dem Gesetz zu entnehmen. Oben wurde bereits darauf hingewiesen, daß § 1247 vom „Erlös aus dem Pfande" spricht. Wie sich z. B. aus den §§ 1228 I, 1240 II, 1245 ergibt, ist dieser „Erlös"

---

[29] Es bedürfte dann auch nicht der zweifachen Anwendung des § 1247 Ewalds, die konstruktiv wohl kaum möglich ist. Die durch Vermischung des Geldes auftauchenden Fragen bereiteten ebenfalls keine Schwierigkeiten.

[30] Surrogation! „Eigentlich", d. h. ohne die Bestimmung des § 1247, ist der Pfandgläubiger anspruchsberechtigt, da er Vertragspartei des Pfandverkaufsvertrags ist.

[31] Daß auch dann, wenn dem Pfandgläubiger nach § 1247 Satz 1 nichts „gebührt", die Surrogationsbestimmung des § 1247 Satz 2 zur Anwendung gelangt, wurde schon oben gesehen, vgl. S. 174 ff. In vorliegendem Fall „gebührt" dem Pfandgläubiger nichts, weil es sich nicht um eine Geldforderung handelt.

[32] Vgl. Wolff, SR. § 177 II 2.

[33] Weil die Gegenleistung des Käufers nach § 433 in der Erbringung einer Geldleistung besteht.

durch Pfandverkauf[34] aus dem Pfande erzielt worden. Bei Nichtvorliegen eines solchen Pfandkaufvertrages liegt ein „Erlös" im Sinne des § 1247 nicht vor.

Wenn § 1247 von „Erlös aus dem Pfande" spricht, so handelt es sich dabei zunächst nur um einen rechtsgeschäftlichen Gegenwert. Geht die versicherte Pfandsache in einer den Versicherungsanspruch auslösenden Weise unter, so ist der Versicherungsanspruch zwar ein „Ersatz" im Sinne des § 281, aber kein „Erlös". Weiterhin handelt es sich bei einem „Erlös" nur um den Gegenwert aus einem Kaufvertrag, und zwar um die Gegenleistung des Käufers. Dies ergibt sich, wie schon mehrfach erwähnt, aus dem Zusammenhang, in dem § 1247 steht: Ein „Erlös aus dem Pfand" ist ein „Erlös", der durch einen in den dortigen Bestimmungen geregelten Kaufvertrag erzielt worden ist. Dies alles erhellt noch weiter, wenn man bedenkt, daß ein „Erlös" im Sinne des § 1247 nicht einmal jeder rechtsgeschäftliche Gegenwart aus einem Kaufvertrag ist, sondern nur aus einem Pfandkaufvertrag. Denn es wird niemand behaupten, daß dann, wenn der Pfandgläubiger die Pfandsache veräußert, indem er sich als Eigentümer ausgibt, der von ihm erzielte Kaufpreis ein „Erlös" im Sinne des § 1247 ist und nach § 1247 Satz 2 surrogiere.

2.

Demnach erscheint eine unmittelbare Anwendung des § 1247 bedenklich. Es besteht aber die Möglichkeit einer Analogie oder einer extensiven Interpretation. Es ist dabei allerdings davon auszugehen, daß „Erlös" in § 1247 nur als rechtsgeschäftlicher Gegenwert aus dem Pfandverkauf aufzufassen ist.

Für eine analoge Anwendung spricht der durch § 1247 verfolgte Zweck: § 1247 will den Pfandeigentümer und die anderen Realberechtigten schützen. Denn ohne die Surrogationsbestimmung des § 1247 würde sich der Eigentumserwerb am Erlös nach § 929 beurteilen, d. h. grundsätzlich träte ein Eigentumserwerb des Pfandgläubigers ein. Verschaffte sein Wille bei sonst gegebenen Voraussetzungen dem Pfandeigentümer Eigentum (offene Stellvertretung, Geschäft, wen es angeht)[35], so hätte er

[34] Pfandverkauf und Pfandveräußerung werden regelmäßig zusammenfallen, sind begrifflich aber scharf zu trennen. Vgl. Wolff, SR. § 166 I 3.

[35] Ein solcher Wille des Pfandgläubigers dürfte praktisch nur in den seltensten Fällen anzunehmen sein, da er dadurch ja jede dingliche Sicherung für seine Forderung verliert. Vgl. die Ausführungen auf S. 175.

dies ja selbst gewollt[36]. Es ergibt sich also: Der Pfandgläubiger bedarf keines Schutzes, er erhält im Normalfall sogar noch mehr, als ihm zusteht[37]. Demnach kann die Bestimmung des § 1247 nur den Schutz des Pfandeigentümers und der anderen Realberechtigten bezwecken, die ihre dinglichen Rechte nicht gegen schuldrechtliche Ansprüche eintauschen sollen. Wesentlich ist in erster Linie die Wirksamkeit der Pfandveräußerung[38], nicht des Pfandverkaufs. Allerdings ist dieser von § 1247 verfolgte Zweck nur dann zu berücksichtigen — wie sich schon aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung der Bestimmung ergibt —, wenn die zugrunde liegende causa ein Pfandverkauf ist. Dies ist oben[39] schon mehrfach eingehend erörtert worden und dürfte keinen erheblichen Bedenken unterliegen. Fehlt die causa der Pfandveräußerung, sei es von Anfang an[40] oder durch späteren Wegfall[41], ist das „erwartete" Rechtsgrundgeschäft aber ein Pfandverkauf[42], so dürfte die Interessenlage die gleiche sein: Auch hier verlieren Pfand-

---

[36] Ein Schutz anderer Realberechtigter ist damit immer noch nicht gegeben, auf diese Weise auch wohl nicht möglich, da zur Verschaffung eines Pfandrechts die Einigung zwischen Pfandeigentümer und Pfandgläubiger erforderlich ist (neben der Übergabe).

[37] Vgl. auch z. B. den Fall, daß die Übereignung der Pfandsache an den Ersteher unwirksam ist, so daß der Pfandeigentümer und die anderen Realberechtigten ihr Recht behalten. In diesem Fall nimmt man keine Surrogation des „Erlöses" nach § 1247 an, auch wenn die Übereignung des Erlöses an den Pfandgläubiger rechtswirksam ist. Hier ist eben der durch § 1247 verfolgte Zweck nicht gegeben; vgl. Wolff, SR. § 166 VII 2 c. Andererseits nimmt man vorwiegend Surrogation nach § 1247 an, wenn die Pfandveräußerung wirksam, aber unrechtmäßig ist, z. B. dem Pfandgläubiger kein Pfandrecht an der Sache zusteht, obgleich es sich hier nicht um einen „Erlös aus dem Pfande" handelt. Hier ist eben der Zweck des § 1247 gegeben: Pfandeigentümer und Realberechtigte haben durch die Pfandveräußerung ihre Rechte eingebüßt.

[38] Da erst im Zeitpunkt der Veräußerung ein Bedürfnis für eine „Surrogation" entsteht: Durch die Veräußerung verlieren Eigentümer und Realberechtigte ihre dinglichen Rechte.

[39] Siehe S. 179 ff.

[40] Der Pfandverkauf ist unwirksam, die Pfandveräußerung wirksam. Dieser Fall dürfte praktisch schwer denkbar sein, da Pfandveräußerung und Pfandverkauf äußerlich fast zusammenfallen.

[41] Nach §§ 467, 346 wird die causa mit rückwirkender Kraft vernichtet.

[42] Im Fall der Wandlung hat ja sogar ein Pfandverkauf stattgefunden, nur rechtlich ist er mit rückwirkender Kraft beseitigt worden!

eigentümer und Realberechtigte ihre Rechte. Denn die Pfandveräußerung ist ja wirksam. Andererseits ist die Veräußerung auch auf Grund eines „Pfandverkaufs", der allerdings unwirksam ist und deshalb nicht zum Ziel geführt hat, geschehen. Der Normzweck des § 1247 erfaßt diesen Tatbestand: Es bedarf einer dinglichen Sicherung des Pfandeigentümers und der Realberechtigten.

Den Kaufpreis als „Erlös" im Sinne des § 1247 anzusehen, ist nicht möglich, wie schon oben[43] gezeigt wurde. Das, was an die Stelle des Eigentums — und zwar unmittelbar — getreten ist, ist der Rückforderungsanspruch. Es entspricht der Berücksichtigung der gleichen Interessenlage und des Normzweckes des § 1247, diesen Rückforderungsanspruch surrogieren zu lassen[44]. Systematisch stellt sich dies als ausdehnende Interpretation[45] des Merkmals „Erlös" in § 1247 oder als analoge Anwendung dieser Bestimmung dar[46].

Daß der „Erlös" im Sinne des § 1247 hier eine Forderung darstellt, ist im übrigen keine Besonderheit. Auch im Fall des § 1245 wendet man § 1247 in der Weise an, daß die dem Pfandgläubiger gegen den Ersteher zustehende Kaufpreisforderung als „Erlös" und demnach als Surrogat angesehen wird.

---

[43] Siehe S. 173 ff.

[44] Dagegen spricht nicht: Bei wirksamem Pfandverkauf surrogiert keineswegs der Anspruch auf die rechtsgeschäftliche Gegenleistung (Kaufpreis), sondern steht dem Pfandgläubiger zu. Erst die Gegenleistung selbst ist der „Erlös" im Sinne des § 1247. (Vgl. auch S. 171, Anm. 7, wo diese Frage bei § 1238 Abs. II in der Form auftaucht, ob der Pfandeigentümer in Höhe des dem Pfandgläubiger nicht gebührenden Teiles einen direkten Anspruch gegen den Ersteher hat.) Denn der Rückforderungsanspruch bei unwirksamem Pfandverkauf entspricht nicht dem Anspruch auf die Gegenleistung, sondern der Gegenleistung des Erstehers selbst: Beide — die Gegenleistung und der Rückgewährsanspruch — sind das unmittelbar und endgültig Erlangte.

[45] Man interpretiert dann „Erlös" in § 1247 so: Alles was aus der Veräußerung der Sache als Pfandsache — die Sache muß also als „Pfand" veräußert worden sein! — „erlöst", d. h. unmittelbar und endgültig erlangt wird.

[46] Die Grenze zwischen ausdehnender Auslegung und Analogie ist flüssig. Es ist allerdings an der systematischen Verschiedenheit festzuhalten. Im einzelnen kann hier dahingestellt bleiben, ob das „Auslegungs"-resultat zur einen oder anderen Kategorie gehört. Vgl. Heck, Gesetzesauslegung, S. 194 ff.; Lehmann, Allg. Teil, § 8 II 4; § 8 III 3; E.-Nipperdey, § 53 II 2.

III.

Der Behauptung Ewalds[47], durch die Wandlung stelle sich heraus, daß die Pfandforderung nicht getilgt sei, ist im Ergebnis zuzustimmen. Denn durch die Wandlung wird der Pfandverkauf ex tunc vernichtet, so daß es, wie oben gesehen, an einem „Erlös" im Sinne des § 1247 fehlt (und zwar ex tunc), bzw. wenn man die Erlöseigenschaft des Rückgewährsanspruchs bejaht, von diesem „Erlös" dem Pfandgläubiger nichts „gebührt", da ein „Gebühren" nur bei einem Gelderlös gegeben sein kann, § 1247 Satz 1 also nicht zur Anwendung kommt[48]. Damit ist das zunächst eingetretene Erlöschen der Pfandforderung nach § 1247 Satz 1 beseitigt[49], es ist so, als ob das Erlöschen überhaupt nicht eingetreten wäre. Die Pfandforderung ist dem Pfandgläubiger verblieben. Bereits aus dem Wortlaut des § 1247 ist demnach das „Wiederaufleben" der Forderung zu entnehmen[50].

Dies widerspricht auch in keiner Weise dem, daß nach der Regelung des BGB. Rücktritt und Wandlung keine dinglichen Wirkungen haben. Wenn sie solche hätten, hieße das, durch die Wandlung erlange der Ersteher Eigentum an dem Erlös und der

---

[47] Ewald, a.a.O., S. 252/253, der ausführt, die Forderung des Pfandgläubigers sei gar nicht getilgt; man spricht wie Ewald, a.a.O., besser davon die Forderung sei nicht getilgt, oder, sie sei dem Pfandgläubiger verblieben, statt die Forderung lebe wieder auf; Oertmann, JurRsch. 1930, S. 68; denn mit dem Ausdruck „Wiederaufleben" verbindet man die Vorstellung, daß die Forderung zeitweise nicht bestanden habe.

[48] Das zunächst eingetretene Erlöschen der Pfandforderung nach § 1247 Satz 1 („Erlös" war vor Wandlung der Gelderlös) ist beseitigt, der Erlös ist jetzt der Rückgewährsanspruch, von dem dem Pfandgläubiger jedoch nichts gebührt.

[49] Ewald, a.a.O., S. 252/253, verneint das Erlöschen der Pfandforderung, weil es für § 1247 Satz 1 an einem „Gebühren" fehle. Dem Pfandgläubiger gebühre nichts!

[50] So auch Oertmann, JurRsch. 1930, S. 172 (unter II 1), der ausführt, daß die Forderung wieder auflebe, ergebe sich schon aus dem Wortlaut des § 1247 Oertmann, a.a.O., S. 172 II 1 am Ende betont nicht ausdrücklich, daß das „Wiederaufleben" der Forderung ex tunc geschieht. Es ist dies aber aus seinen gesamten Ausführungen zu entnehmen. Insoweit unrichtig Stoevesandt, a.a.O., S. 86, der die „Heranziehung des § 1247 Satz 1 zum mindesten mißverständlich" nennt. Zunächst handelt es sich ja nicht um eine „Heranziehung", sondern um ein Nichtanwenden des § 1247 Satz 1. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern die Ausschließung des § 1247 Satz 1 mißverständlich sein soll!

Pfandeigentümer (A) Eigentum an der Pfandsache zurück. Das „Wiederaufleben" der Forderung beruht darauf, daß durch die Wandlung der „Erlös" im Sinne des § 1247 bzw. ein nach § 1247 Satz 1 verteilungsfähiger „Erlös" weggefallen[51] und damit die Voraussetzung für die in Satz 1 geregelte Befriedigung des Pfandgläubigers entfallen ist[52].

IV.

Verneint man die Erlöseigenschaft und die Surrogation des Rückforderungsanspruchs gegen den Ersteher (Z) und damit der Sache selbst nach Leistung, so ergeben sich zwei weitere Fragen. Einmal: Wer wird Eigentümer der früheren Pfandsache nach Rückübereignung an den Pfandgläubiger[53]? Weiterhin, sofern man einen Eigentumserwerb des Pfandgläubigers

---

[51] Und zwar ex tunc!

[52] Oertmann, JurRsch. 1930, S. 172, bemerkt, im Endergebnis habe der Pfandverkauf dem Pfandgläubiger für seine Forderung wider den Verpfänder keine Befriedigung gebracht, so daß das Ergebnis auch sinngemäß sei. Dem ist zuzustimmen.

[53] Verneint man die Surrogation des Rückforderungsanspruchs und damit der zurückerworbenen Pfandsache, so gelten für den Eigentumserwerb die allgemeinen Vorschriften der §§ 929 ff. Was die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs des Pfandgläubigers oder des Pfandeigentümers angeht, so sind hier die oben gemachten allgemeinen Ausführungen zu beachten. Vgl. S. 33 ff.: Es ist demnach möglich, daß bei Vorliegen der Erfordernisse der Pfandeigentümer unmittelbar Eigentümer wird (offene Stellvertretung; Geschäft, wen es angeht). Wichtiger ist die Frage, wie die Lage tatsächlich zu beurteilen ist. Der Wille des Erstehers (Z) wird hier mehr als in allen anderen Fällen des „Rückerwerbs" auf Offenlassung der Person des Erwerbers gerichtet sein. Denn die Pfandveräußerung geschieht ja offensichtlich als die Veräußerung eines Nichteigentümers, so daß der Ersteher beim Erwerb weiß, daß er nicht vom Eigentümer erwirbt, bei der Rückübereignung, daß er nicht an den früheren Berechtigten zurückübertrágt. Fraglich kann nur die Willensrichtung des Pfandgläubigers sein, die für einen Eigentumserwerb des Pfandeigentümers entscheidend ist. Hier dürften allerdings die von Oertmann, JurRsch. 1930, S. 170, angeführten Erwägungen zutreffen:

Da der Pfandgläubiger nur die Wahl hat, Eigentum oder nichts zu erwerben (ein Pfandrecht kann er nicht erwerben, da es dazu einer Einigung zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger bedürfte), wird sein Wille normalerweise auf ersteres gerichtet sein, da er sonst ohne dingliche Sicherung für seine Forderung ist. Zum mindesten dürfte dafür eine Vermutung sprechen.

bejaht: Wie findet der Ausgleich zwischen Pfandeigentümer (A) und Pfandgläubiger statt?

Nach der hier vertretenen Auffassung sind beide Fragen gegenstandslos. Denn der Pfandeigentümer hat das Eigentum an der Pfandsache, der Pfandgläubiger sein Pfandrecht zurückerworben. Die im Eigentum des Pfandgläubigers befindliche Gegenleistung des Erstehers (Geldleistung bzw. deren Wert) stellt für den Pfandgläubiger dem Pfandeigentümer gegenüber keine Bereicherung dar[54].

Unterstellt man einen Eigentumserwerb des Pfandgläubigers (N) an der Pfandsache, so unterliegt die Behandlung des Ausgleichs zwischen Pfandeigentümer und Pfandgläubiger erheblichen Bedenken. Die vertretenen Auffassungen seien deshalb kurz betrachtet. Eine eigene Begründung erübrigt sich allerdings, da, wie schon betont, nach der hier vertretenen Auffassung diese Frage gar nicht entsteht. Für die Frage, wie ein Ausgleich zwischen Pfandeigentümer (A) und Pfandgläubiger (N) erfolgen soll, ist davon auszugehen, daß der Pfandgläubiger seine Pfandforderung gegen den Pfandeigentümer behalten, aber das Eigentum an der Sache erworben hat, an der er vorher lediglich ein Pfandrecht besaß. Es ist deutlich, daß sich die Lage zugunsten des Pfandgläubigers verschoben hat. Zweifelhaft ist allerdings die konstruktive Begründung eines Ausgleichs.

Der Übereignungsanspruch des Pfandeigentümers dürfte seine Begründung in einem Bereicherungsanspruch finden. Untersucht man den Tatbestand des § 812[55], so ergibt sich fol-

---

[54] Da Rückleistung der früheren Pfandsache und des Pfanderlöses meistens wohl Zug um Zug erfolgen, hat bei Eigentumserwerb des Pfandeigentümers an der „früheren" Pfandsache der Pfandgläubiger die Gegenleistung gar nicht mehr in Händen.

[55] Ob ein Bereicherungsanspruch des Pfandeigentümers (A) gegen den Pfandgläubiger (N) sich auch aus § 816 herleiten läßt, erscheint zweifelhaft. Allerdings hat der Pfandgläubiger durch die Übereignung an den Käufer wirksam über einen Gegenstand des Pfandeigentümers verfügt, er hat auch etwas „erlangt" (den Rückforderungsanspruch), so daß nach § 818 I das auf Grund dieses Rückforderungsanspruchs erlangte Eigentum herauszugeben wäre. Fraglich ist nur, ob der Pfandgläubiger als „Nichtberechtigter" verfügt hat. Jedenfalls ist der Pfandgläubiger im Falle einer wirksamen, rechtmäßigen Pfandveräußerung bei bestehendem Pfandrecht nicht „Nichtberechtigter" im Sinne des

gendes. Der Pfandgläubiger hat „etwas" erlangt: Das Eigentum an der früheren Pfandsache auf Grund des ihm zustehenden Rückforderungsanspruchs, primär (im Sinne des § 812) also den Rückforderungsanspruch. Der Pfandeigentümer ist um das Eigentum entreichert. Die von der herrschenden Lehre geforderte Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung ist ebenfalls gegeben: Durch den gleichen Umstand, nämlich die Übereignung der früheren Pfandsache an den Ersteher, hat der Pfandeigentümer sein Eigentum verloren, und der Pfandgläubiger den Rückforderungsanspruch[56] erworben[57]. Daß das Objekt der Bereicherung und der Entreicherung nicht identisch ist — hier Rückforderungsanspruch, dort Eigentum —, steht einem Bereicherungsanspruch nicht entgegen. Die Bereicherung des Pfandgläubigers ist auch rechtsgrundlos (sine causa) erfolgt. Der Erwerb des Rückforderungsanspruchs ist nicht etwa durch die Stellung des Pfandgläubigers gerechtfertigt. Dadurch wäre lediglich die Rechtfertigung eines Eigentumserwerbs am Erlös in Höhe der Forderung herzuleiten[58]. Eine Rechtfertigung ist ebenfalls nicht aus dem Gesichtspunkt des „Sicherungs- und Befriedigungszwecks der Pfandrechtsbestellung" zu entnehmen, wie Stoevesandt[59] meint. Dies träfe nur für den Rückerwerb des Pfandrechts, nicht aber des Eigentums zu!

---

§ 816. Daß dies bei späterem Wegfall der causa (Wandlung) anders wird, ist nicht anzunehmen. Vgl. Stoevesandt, a.a.O., S. 87, der § 816 annimmt, ohne allerdings an dieser Stelle genauer darauf einzugehen.

56 Daß zur Auslösung dieses Rückforderungsanspruchs die Wandlung hinzukommen muß, ändert nichts daran. Nach Wandlung ist es rechtlich jedenfalls so, daß durch die Übereignung an den Käufer unmittelbar ein Rückforderungsanspruch des Pfandgläubigers entstanden ist. Vgl. auch die Ausführungen auf S. 121, Anm. 572.

57 Oertmann, JurRsch. 1930, S. 172 II 2, bezweifelt das Bestehen eines Bereicherungsanspruchs, da die Unmittelbarkeit fehle. Denn das vom Pfandgläubiger auf Grund der Wandlung erlangte Eigentum habe dem Alteigentümer überhaupt nicht mehr zugestanden, die Wandlung sei also für dessen Vermögenslage völlig gleichgültig. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die Bereicherung des Pfandgläubigers im Sinne des § 812 nicht (unmittelbar) das Eigentum, sondern der Rückforderungsanspruch ist. Erst über § 818 I, den Oertmann, a.a.O., überhaupt nicht erwähnt, ist das Eigentum als die Bereicherung (als Surrogat) anzusehen.

58 Dies bestimmt ja schon § 1247.

59 a.a.O., S. 87.

Es kann Stoevesandt[60] nicht gefolgt werden, wenn er eine Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Rückübereignung erst dann bejaht, wenn die Pfandforderung beglichen ist[61]. Stoevesandt glaubt den Anspruch des Pfandeigentümers schon aus ergänzender Auslegung (§ 157) des der Pfandbestellung zugrunde liegenden Kausalvertrages herleiten zu können, jedenfalls aber aus ungerechtfertigter Bereicherung. Zur Begründung des Bereicherungsanspruchs führt er aus, der Eigentumserwerb des Pfandgläubigers an der früheren Pfandsache (bei Rückerwerb) sei durch den „Sicherungs- und Befriedigungszweck der Pfandrechtsbestellung" gerechtfertigt. Dieser rechtliche Grund falle aber fort, sofern die Pfandforderung aus einem anderen Grunde als infolge Befriedigung durch Veräußerung des Pfandgegenstandes untergehe, der Pfandeigentümer habe demnach „eine condictio ob causam finitam gemäß §§ 812, 816".

Dem stehen zunächst rechtspolitische Bedenken entgegen: Der Pfandgläubiger hat jetzt neben seiner Pfandforderung[62] noch das Eigentum an der früheren Pfandsache, während er vorher lediglich ein Pfandrecht hatte. Woraus sich ergeben soll, daß der Pfandgläubiger dieses „Mehr" behalten darf, ist nicht ersichtlich[63]. Durch „Sicherungs- und Befriedigungs-

---

[60] a.a.O., S. 86, 87.

[61] Stoevesandt, a.a.O., S. 87, Anm. 1 nimmt auf Oertmann Bezug: „Ablehnend, aber m. E. nicht erschöpfend". Oertmann, JurRsch. 1930, S. 172, erörtert aber die condictio nicht nur bei Erfüllung der Pfandschuld, sondern schon vorher. Dies geht schon daraus hervor, daß Oertmann, a.a.O., davon spricht, daß bei Geltendmachung der Pfandforderung durch den Pfandgläubiger der Pfandeigentümer Zug um Zug die Herausgabe des Eigentums verlangen könne.

[62] Daß die Pfandforderung zum mindesten „wiederauflebt", gibt auch Stoevesandt, a.a.O., S. 86, zu.

[63] Eine andere Frage ist selbstverständlich, ob der Pfandgläubiger Eigentümer wird: Dies wird zum mindesten für möglich gehalten, insoweit also Stoevesandt zugestimmt. Weiterhin ist damit nicht die Frage zu verwechseln: Ist der Pfandgläubiger als „ermächtigt" anzusehen, die Pfandsache nach Wandlung zurückzuerwerben. Dies dürfte zu bejahen sein: Allein schon deshalb, weil in seiner Person auch der Rückforderungsanspruch entstanden ist; im übrigen ist auch anzunehmen, daß der Pfandgläubiger ebenso wie zur Pfandveräußerung nach Pfandreife auch nach Wandlung zum Rückerwerb berechtigt ist. Er ist zur Abwicklung der mit der Pfandverwertung zusammenhängenden Rechtsgeschäfte berechtigt. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Eigen-

zweck der Pfandrechtsbestellung" wäre lediglich die Rechtfertigung eines Pfandrechtserwerbs, nicht aber eines Eigentumserwerbs des Pfandgläubigers begründet! Denn dieser geht doch über den „Sicherungs- und Befriedigungszweck" einer Pfandrechtsbestellung hinaus.

Wenn Oertmann[64], nachdem er wegen mangelnder Unmittelbarkeit einen Bereicherungsanspruch des Pfandeigentümers abgelehnt hat, behauptet, in der Geltendmachung der Pfandforderung seitens des Pfandgläubigers liege die Negierung des früheren Pfandverkaufs, der Pfandgläubiger müsse demnach den Pfandeigentümer auch so stellen, wie dieser ohne Pfandverkauf stände, ihm also das Eigentum wiederverschaffen, ein anderes Verhalten sei unstatthaft, es sei ein „venire contra factum proprium" im Sinne Riezlers, so ist dieser Begründung nicht zuzustimmen. Wie oben schon gesehen, ist die Pfandforderung trotz des Pfand„verkaufs" bestehen geblieben. Der Pfandgläubiger negiert den Pfandverkauf also in keiner Weise, wenn er seine Forderung geltend macht. Ja, er könnte sich vielmehr auf den Standpunkt stellen, der Pfand„verkauf" habe an seiner Forderung nichts geändert. Der Pfandgläubiger macht seine Rechte nicht so geltend, als ob er nie „verkauft" hätte. Die Anwendung des Grundsatzes „venire contra factum proprium"[65] scheitert demnach schon daran, daß ein gegensätzliches Verhalten zum eigenen früheren Handeln nicht vorliegt. Im übrigen kann er überhaupt erst dann Platz greifen, wenn andere Rechtsbehelfe versagen.

B. Lösungsmöglichkeit in weiteren Fällen auf Grund von Surrogationsbestimmungen.

Noch in einer Anzahl weiterer Fälle ergibt sich auf Grund von Sondervorschriften (Surrogationsbestimmungen) ein Rückerwerb des A[66]. Grundsätzlich finden hier die oben bei der Un-

---

tumserwerb des Pfandgläubigers nun auch gegenüber dem Pfandeigentümer cum causa erfolgt ist, d. h., daß eine Zweckvereinbarung vorliegt, auf Grund deren er das erlangte Eigentum behalten darf.

64 a.a.O., S. 172.

65 Vgl. Riezler, Venire c. f. pr., 1912; Lehmann, Allg. Teil, § 5 I 2 c, S. 101, 102; ders., in ZfHR. 79, S. 96; E.-Nipperdey, § 208 III; vgl. auch RGZ. 108/110.

66 Stoevesandt, a.a.O., S. 83/84, kommt zum gleichen Ergebnis. Er läßt

tersuchung des § 1247 und des § 2019 gewonnenen Ergebnisse Anwendung.

I.

Man erwähnt hier den Fall, in dem der Rückerwerb auf Grund des § 1381 erfolgt[67], der Zwischenerwerb auf Grund des § 1376[68] Z. 1 wirksam ist. Wann die einzelnen Erfordernisse des § 1381 gegeben sind[69], ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Lediglich die Möglichkeit eines Rückerwerbs des A bei Vorliegen des § 1381 soll aufgezeigt werden.

Verfügt der Ehemann gemäß § 1376 Z. 1 wirksam, so surrogiert unter den Voraussetzungen des § 1381 die Gegenleistung[70]: Sie wird eingebrachtes Gut. Ist die wirksame Verfügung des Ehemanns rechtsgrundlos, so surrogiert der Rückforderungsanspruch[71]. Denn dieser, und nur dieser, nicht etwa die „Gegen-

---

jedoch hier — ebenso wie bei der Untersuchung des § 2019 und des § 1247 — die notwendige konstruktive Klarheit vermissen, die wohl auf nicht genügend scharfer Erfassung des Surrogationstatbestandes beruht. Es muß übrigens auffallen, daß Stoevesandt, a.a.O., S. 84, den Rückerwerb auf Grund der §§ 966, 979, 1219 ausdrücklich bejaht, während er ebenso entschieden einen Rückerwerb bei § 1247 (wohl unter dem Einfluß Oertmanns, JurRsch. 1930) verneint. Die Lage ist konstruktiv und interessemäßig völlig gleich, in beiden Fällen handelt es sich darum, trotz des Wortlautes „Erlös" den Rückforderungsanspruch surrogieren zu lassen. Eine solche verschiedene Beantwortung ist schlechterdings unmöglich.

67 Es entspricht dem A (Altberechtigter) die Ehefrau, dem N (Nichtberechtigten) der Ehemann, dem Z (Zwischenerwerber) der Erwerber.

68 Die Veräußerungsbefugnis des Ehemanns gemäß § 1376 Z. 1 bezieht sich auf Veräußerungen im eigenen und fremden Namen. Vgl. Siber, IherJahrb., Bd. 67, S. 97.

69 Ebenso wie bei § 2019 besteht Streit darüber, ob ein „Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes" eine wirksame Verfügung über eingebrachtes Gut voraussetzt. Richtiger Ansicht nach ist ein rechtliches Ausscheiden erforderlich. Denn der Zweck des § 1381 ist nicht, die Verdoppelung eines Postens des eingebrachten Gutes der Frau zu erreichen, sondern lediglich, den dinglichen Bestand vor einer Auflösung in obligatorische Ansprüche zu verhindern. Vgl. Protokolle, V S. 170, 185; Thiele, a.a.O., S. 23; Windmüller, a.a.O., S. 43; Planck, § 2019, Bem. 3; Beyer, a.a.O., S. 267, 5; a. A.: Göbel, a.a.O., vgl. insbesondere S. 19, 53 ff.

70 § 1381 besagt nicht, ob als eingebrachtes Gut oder als Vorbehaltsgut. Vgl. Beyer, a.a.O., S. 272.

71 Daß eine Forderung surrogiert, ist nicht außergewöhnlich. Dies ist auch der Fall, wenn im Fall des § 1381 der Ehemann auf Kredit

leistung", ist „mit Mitteln des eingebrachten Gutes" erworben[72]: Der Ehemann erwirbt mit Mitteln des eingebrachten Gutes „ein anderes Recht, zu dessen Übertragung der Abtretungsvertrag genügt" (§ 1381 Abs. II). Man vergleiche im einzelnen hierzu die bei der Untersuchung des § 2019 gemachten Ausführungen, die auch hier zutreffen. Erfolgt der Rückerwerb des Ehemanns (N) ebenfalls unter den Voraussetzungen des § 1381[73], so surrogiert das Eigentum an der erworbenen Sache gemäß § 1381 I: Das „Mittel des eingebrachten Gutes" ist der Rückforderungsanspruch, der zum Erwerb der Sache dient[74].

Das gleiche gilt im Fall des § 1646.

II.

Nach einer Veräußerung (Zwischenerwerbsgeschäft) gemäß §§ 966, 979 und 1219 tritt bei Rückerwerb des N ebenfalls ein Eigentumserwerb des A kraft Surrogation ein. Bei diesen Bestimmungen ist wie bei § 1247 davon die Rede, daß der „Erlös an die Stelle der Sache" tritt (Surrogation). Nach Wegfall (oder bei Fehlen) der causa ermangelt der „rechtsgeschäft-

---

veräußert: Die Kaufpreisforderung steht der Ehefrau zu. Vgl. Beyer, a.a.O., S. 272. Andererseits gehört der Käuferanspruch (Anspruch auf die Kaufsache!) zum eingebrachten Gut. Vgl. Beyer, a.a.O., S. 272, Anm. 1; Windmüller, a.a.O., S. 61; Waller, a.a.O., S. 27 (dort weitere Nachweise).

72 Der Ausdruck „mit Mitteln" umfaßt nicht nur Sachen, sondern auch Rechte. Vgl. die Ausführungen bei § 2019. Beyer, a.a.O., S. 265, 2.

73 § 1381 muß also beim Zwischen- und Rückerwerbsgeschäft gegeben sein! Will der Ehemann beim Zwischenerwerbsgeschäft nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben, so surrogiert der Rückforderungsanspruch ebenso wenig wie in diesem Falle bei rechtsbegründeter Verfügung die Gegenleistung. Dies beachtet Stoevesandt, a.a.O., nicht. Eine andere Frage ist es, ob daraus, daß der Ehemann beim Zwischenerwerbsgeschäft für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben wollte, ein Schluß auf seine Willensrichtung beim Rückerwerbsgeschäft gezogen werden kann. Dies ist eine Frage der Auslegung.

74 Auch Forderungen können unter § 1381 fallen; a. A. allerdings: Thiele, a.a.O., S. 29. Vgl. über die Berechtigung seiner Zweifel: Protokolle, IV S. 169, 170. Demgegenüber aber Protokolle, VI S. 316, 324, nach denen diese Bedenken nicht ausschlaggebend sind! Vgl. auch Opet-Blume, S. 144; vgl. im übrigen Beyer, a.a.O., S. 265, 2.

lichen" Gegenleistung die „Erlös"- und damit die Surrogateigenschaft. Surrogat ist der Rückforderungsanspruch[75], [76].

Demnach steht in diesen Fällen der Rückforderungsanspruch gegen Z dem A zu. Rechte anderer setzen sich an ihm fort[77]. Erfolgt der Rückerwerb durch N, so ist zu unterscheiden: Im Fall des § 1219 tritt gemäß § 1287 (nach Leistung) die „frühere" Rechtslage wieder ein. Hinsichtlich der §§ 966 und 979 scheint allerdings die Surrogation des erlangten Eigentums[78] zweifelhaft. In entsprechender Anwendung des in den §§ 1247, 1219 und 2019 zum Ausdruck gelangten Rechtsgedankens ist aber anzunehmen, daß das auf Grund des Rückforderungsanspruchs[79] erworbene Eigentum ebenfalls surrogiert[80], [61].

III.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch die Bestimmung des § 1087 II 2 zu erwähnen. Der Nießbraucher (N) ist gemäß § 1087 II 1 berechtigt, die vom Besteller (A) geschuldeten Gegenstände aus dem Nießbrauchsgut zu leisten[82]. Befindet sich der geschuldete Gegenstand nicht im Nießbrauchsgut, so darf der Nießbraucher unter bestimmten Voraussetzungen einen Gegenstand des Nießbrauchsguts veräußern und aus dem Erlös den Gläubiger (Z) befriedigen. Hier ist anzunehmen, daß die mit dem Erlös u. U. angeschafften Sachen[83] durch Surro-

---

[75] Die Rechte an der Sache setzen sich am „Erlös" fort: Vgl. Wolff, SR. 82 V 2 (§ 966) und § 164 II 5 b (§ 1219).

[76] Die Begründung ist die gleiche wie bei § 1247. Die dortigen Ausführungen gelten hier entsprechend.

[77] z. B. bei § 1219 das Pfandrecht des Pfandgläubigers.

[78] Nicht die Surrogation des Rückforderungsanspruchs.

[79] Stoevesandt, a.a.O., S. 84, erwähnt den Unterschied nicht, er spricht lediglich davon, daß „ähnlich schließlich auch nach einer Veräußerung gemäß §§ 966, 979, 1219 der vom Nichtberechtigten zurückerworbene Gegenstand dem surrogierenden Erlös gleich behandelt" werden müsse

[80] Vgl. auch die Lage im Fall des § 1087 II 2; Wolff, SR. § 124, Anm. 12, wo auch ohne gesetzliche Stütze eine zweimalige Surrogation angenommen wird.

[81] D. h.: Eigentümer wird der frühere Sacheigentümer, der Finder erhält daran Finderrechte und -pflichten (§ 966), vgl. Wolff, SR. § 82 V 2.

[82] Ebenso wie der Ehemann beim gesetzlichen Güterstand gemäß § 1276 Z. 3.

[83] Sofern der geschuldete Gegenstand nicht in Geld besteht.

gation in das Eigentum des Bestellers (A) fallen[84]. Erfolgt die Veräußerung des Nießbrauchers (N) rechtsgrundlos, so surrogiert der Rückforderungsanspruch („Erlös"). Bei Rückerwerb des früher zum Nießbrauchsgut gehörenden Gegenstandes surrogiert dieser nach § 1075 Abs. I[85].

---

84 So Wolff, SR. § 124, Anm. 12.

85 Man braucht also nicht in freierer Rechtsfindung (ohne gesetzliche Grundlage) anzunehmen, daß das so erworbene Eigentum surrogiere. Dies wäre allerdings nach oben vertretener Ansicht möglich, da auch bei der oben dargelegten Ansicht eine zweimalige Surrogation bei rechtsbegründeter Veräußerung stattfindet: Einmal surrogiert das Geld („Erlös"), dann die damit erworbenen Sachen.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Karl Nüßgens, am 13. November 1914 als Sohn des Schulrates Joh. Nüßgens und seiner Ehefrau Margarete, geb. Steinhauer, in Aachen. Ich bin katholischen Bekenntnisses. Von Ostern 1924 ab besuchte ich das Kaiser-Wilhelms-Gymnasium zu Aachen, an dem ich am 20. 2. 1933 die Reifeprüfung ablegte.

Die ersten drei Semester Rechts- und Staatswissenschaft (W.-S. 1933/34 bis W.-S. 1934/35) studierte ich in Bonn, das vierte Semester (S.-S. 1935) in Freiburg im Br., das fünfte bis siebente Semester (W.-S. 1935/1936 bis W.-S.. 1936/37) wieder in Bonn. Am 26. Juni 1937 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. September 1937 bin ich als Gerichts-Referendar tätig.

Die mündliche Promotionsprüfung fand am 23. 11. 1938 statt.

Die Arbeit habe ich unter der Anleitung von Herrn Prof. Dr. H. Dölle angefertigt.

Karl Nüßgens, Gerichts-Referendar.